

Administrativ frihetsberøvelse av asylsøkere – en krenkelse av retten til personlig frihet?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 662
Leveringsfrist: 25.04.12

Til sammen 17970 ord

24.04.2012

Mye kunnskap finnes i bøker og på nett. Alle svar finnes imidlertid ikke i slike kilder. Derfor rettes med dette en stor takk til Dr Dan Wilsher, universitetsstipendiat Merete Havre Meidell og professor Mads Andenæs som alle har svart kunnskapsrikt og imøtekommende på mine mange spørsmål.

Størst takk sendes likevel til min veileder, dommerfullmektig Gunhild Sletmoen som har holdt fokuset på det rettslig relevante og faglig interessante.

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	2
1.2	Subjekter	2
1.3	Begrepsbruk	2
1.4	Avgrensninger	3
1.5	Kilder og metode	4
1.6	Forholdet mellom norsk rett og folkeretten	5
1.6.1	Tolkning av traktater	6
1.6.2	Folkerettens kilder	9
<u>2</u>	<u>RETTE TIL PERSONLIG FRIHET</u>	<u>9</u>
2.1	Retten til personlig frihet er ikke absolutt - suverenitetsprinsippet	10
<u>3</u>	<u>DEN VIDERE BEHANDLING</u>	<u>11</u>
<u>4</u>	<u>NORSK RETT</u>	<u>11</u>
4.1	Frihetsberøvelse – utlendingsloven § 106	12
4.1.1	Første ledd: identitetsavklaring og retur	12
4.1.2	Andre ledd: proporsjonalitet.	16
4.1.3	Tredje ledd: rettslig prøving av vedtaket	18
4.1.4	Fjerde ledd: samlet fengslingstid.	19
4.2	Oppsummering norsk rett	20
<u>5</u>	<u>FLYKTNINGKONVENSJONEN AV 1951 MED TP. AV 1967</u>	<u>21</u>

5.1	”Flyktning” - asylsøker	21
5.2	Asylsøkerens rettigheter	22
5.3	Frihetsberøvelse - lovlig eller ulovlig opphold ?	22
5.4	”Lovlig opphold” – FK artikkel 26	24
5.4.1	” Lovlig opphold” - regulære asylsøkere	28
5.4.2	Fra illegal til legal - FK artikkel 31 første ledd	28
5.4.2.1	”Et ordnet forhold”	29
5.4.3	Oppsummering ”lovlig opphold”	31
5.5	FK artikkel 31 andre ledd ”nødvendige begrensninger” - vern mot vilkårlighet	31
5.5.1	UNHCR - Eksekutivkomiteens veiledning	32
5.5.1.1	Reviderte retningslinjer	34
5.5.2	”Nødvendig begrensninger” som ledd i en proporsjonalitetsvurdering.	34
5.5.3	Rettslig tolkning av ”nødvendige begrensninger”	35
5.6	Oppsummering flyktningkonvensjonen – forholdet til norsk rett	35
5.6.1	Samarbeidsplikt for å lette forvaltningens arbeid ?	36
5.6.2	Frihetsberøvelse før endelig vedtak	37
<u>6</u>	<u>FNS KONVENSJON OM SIVILE OG POLITISKE RETTIGHETER (SP)</u>	<u>38</u>
6.1	Retten til frihet og personlig sikkerhet	38
6.2	”Fastsatt i lov” - Legalitet	39
6.3	”Vilkårlig frihetsberøvelse”	40
6.3.1	Proporsjonalitet som målestokk for vilkårlighet	40
6.3.1.1	Forvaringens varighet	41
6.3.1.2	Forvaringens formål må være realistisk å gjennomføre	41
6.3.2	Individuell vurdering.	42
6.4	FNs arbeidsgruppe for vilkårlig fengsling - retningslinjer	43
6.5	Oppsummering SP – forholdet til norsk rett	43
<u>7</u>	<u>DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSKONVENSJON (EMK)</u>	<u>44</u>

7.1	Subjekter og myndighetsområde	44
7.2	Rett til personlig frihet - vern mot vilkårlige frihetsberøvelse	45
7.3	Frihetsberøvelse - EMK artikkel 5 første ledd bokstav f	46
7.4	EMD - ”vilkårlig frihetsberøvelse”	46
7.4.1	Krav til aktivitet fra myndighetenes - due diligence	47
7.4.2	Fordeling av skyld	48
7.4.3	Krav om nødvendig og proporsjonal forvaring ?	50
7.4.3.1	Frihetsberøvelsen behøver ikke å være nødvendig	50
7.4.3.2	Frihetsberøvelsen behøver ikke å være proporsjonal	51
7.4.4	Fire vilkår til den uvilkårlige frihetsberøvelse	52
7.4.4.1	”good faith”	53
7.4.4.2	”...closely connected to the purpose...”	53
7.4.4.3	”...the place and conditions of detention should be appropriate...”	54
7.4.4.4	”...the length of the detention...”	54
7.4.5	EMD i endring ?	55
7.5	EMK – prosessuelt vern mot vilkårlig forvaring.	56
7.5.1	Andre ledd – rett til informasjon	56
7.5.2	Fjerde ledd - rett til å prøve forvaringens lovlighet	57
7.6	Oppsummering EMK – forholdet til norsk rett	58
7.6.1	Norsk handlingsrom – EMK artikkel 53	59
<u>8</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>60</u>
<u>9</u>	<u>KILDER</u>	<u>61</u>

1 Innledning

Tall fra Høykommissæren for flyktninger (UNHCR) viser at aldri tidligere har så mange mennesker vært på flukt utenfor sine egne hjemland.¹ Årsaken er en oppblussing av gamle konflikter og generell økt mobilitet blant verdens befolkning. Som en konsekvens av dette har asyltilstrømningen til de industrialiserte land fortsatt å øke.² En slik asyltilstrømning skaper et press mot de land som mottar disse asylsøkerne. Et foreløpig svar på dette presset har vært en økende bruk av administrativ frihetsberøvelse.³

Til tross for Norges geografiske beliggenhet i Europas ytterkant og implementeringen av Dublin-forordningen har også Norge har merket denne økte asyltilstrømningen. I skjæringspunktet mellom behovene for en rask og effektiv asylprosess og den enkelte asylsøkers rettigheter, finner vi utlendingslovens bestemmelser om bruk av tvangsmidler i form av pågrepelse og fengsling.⁴

Administrativ frihetsberøvelse er en forvaltningsmessig reaksjon og ikke en strafferettslig sanksjon.⁵ Til tross for dette vil bruk av pågrepelse og fengsling på grunnlag av status som asylsøker lett få ett pønalt preg. Det å søke asyl er imidlertid en menneskerettighet og ingen straffbar handling.⁶ Frihetsberøvelse av mennesker på

¹ Av totalt 43.7 millioner flyktninger, var 16, 2 millioner på flukt utenfor eget hjemland. UNHCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2011*.

² 441 000 mennesker søkte asyl i industriland i 2011, noe som innebærer en økning på 20 prosent fra 2010. UNHCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2011*.

³ Nærmere 90 land benytter i dag tvungen forvaring i en eller annen form i forbindelse med immigrasjon, hvorav ca halvparten er europeiske. Bruken er stadig økende, noe som i en viss grad skyldes Dublin II – forordningen hvor asylsøkere blir holdt i forvaring i påvente av uttransportering til opprinnelig ankomstland. Global Detention Project <http://www.globaldetentionproject.org/>

⁴ Utlendingsloven kapittel 12.

⁵ Jf. grunnloven § 96 ”Ingen kan ... straffes uden efter Dom ...”.

⁶ FNs Menneskerettighetserklæring artikkel 14.

administrativt grunnlag vil derfor kunne komme i konflikt med en av våre mest fundamentale menneskerettigheter, retten til personlig frihet.⁷

1.1 Problemstilling

Norges folkerettslige forpliktelser oppstiller rammer for norske myndigheters adgang til å berøve utlendinger deres frihet med grunnlag i status som nåværende eller tidligere asylsøker. Denne oppgaven vil drøfte om Norge holder seg innenfor rammen av disse forpliktelsene, og om det eventuelt foreligger et uutnyttet handlingsrom for norske myndigheter.

1.2 Subjekter

Subjekter for oppgavens behandling vil være utlendinger som har ankommet Norge i den hensikt å søke asyl, og tidligere asylsøkere som har fått avslag på sin asylsøknad. I tråd med dette vil drøftelsen omhandle frihetsberøvelse ved ankomst til Norge, og i forbindelse med retur .

1.3 Begrepsbruk

Med ”asylsøker” forstås i denne oppgaven person som på egen hånd og uanmeldt ber myndighetene om beskyttelse og anerkjennelse som flyktning. Personen kalles asylsøker inntil søknaden er avgjort.⁸

Med ” utlending ” forstås enhver som ikke er norsk statsborger⁹.

⁷ FNs Menneskerettighetserklæring artikler 3 og 9.

⁸ UNHCR Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, February 1999, paragraph 4.

⁹ Utlendl.§5.

Med ”administrativ frihetsberøvelse” forstås pågripelse og fengsling med grunnlag i et administrativt vedtak uten domstolsbehandling.

I den følgende behandling vil jeg med ”frihetsberøvelse” forstå:

...innesperring innenfor et snevert avgrenset eller begrenset område, som for eksempel fengsler, lukkede leire, eller lufthavner, hvor bevegelsesfriheten er betydelig innskrenket, og hvor den eneste anledning til å forlate dette begrensede området er å forlate territoriet.¹⁰

Synonymt med ”frihetsberøvelse” vil denne oppgaven bruke betegnelser som ”tvungen forvaring”, ”pågripelse”, ”fengsling” og ”internering”. Den administrative frihetsberøvelse etter utlendingsloven følger de straffeprosessuelle regler mht. fremgangsmåte, og språkdrakten vil av den grunn bli sammenfallende.¹¹

1.4 Avgrensninger

Oppgaven omhandler frihetsberøvelse av asylsøkere med grunnlag i administrative vedtak, frihetsberøvelse med grunnlag i strafferettslige reaksjoner vil derfor falle utenfor oppgavens tema.

Da subjekter for oppgavens behandling vil være utlendinger som har ankommet Norge i hensikt å søke asyl og utlendinger som har fått avslag på sin søknad om asyl i Norge, vil problemstillinger knyttet til andre utlendinger som dekkes av de samme konvensjoner/lovverk ikke bli behandlet.

¹⁰ Office of the United Nations high commission for Refugees Geneva UNHCR revised guidelines on applicable criteria and standards relating to the Detention of Asylum seekers (February 1999). Guideline 1.

¹¹ Utlendl. § 106 tredje ledd.

Det vil videre avgrenses mot innskrenkninger i bevegelsesfriheten.¹² Det vil kunne være en flytende overgang mellom frihetsberøvelse og innskrenkninger i bevegelsesfriheten, og denne overgangen vil bli belyst der det er hensiktsmessig.

Det vil også avgrenses mot den materielle behandlingen av vilkårene for asyl, jf. utlendingsloven kapittel 4.

Vernet mot hjemsendelse hvor det er fare for asylsøkerens liv og sikkerhet, ”non-refoulment”, vil bare bli berørt hvor det knytter seg direkte til oppgavens tema.¹³

1.5 Kilder og metode

Det vil bli gjennomført en rettslig drøftelse med grunnlag i de sentrale konvensjoner som regulerer nåværende og tidligere asylsøkeres personlige frihet. Disse er FNs konvensjon om flyktningers stilling (flyktningkonvensjonen/FK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK).¹⁴

Videre vil relevante norske bestemmelser i L15.5.2008 nr. 35 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), kapittel 12, bli behandlet.

Subsidiært kildemateriale vil bli trukket inn hvor dette bidrar i tolkningen av konvensjonene og de norske bestemmelser.

Til grunn for behandling av oppgaven vil ligge alminnelig juridisk metodelære.¹⁵

Juridisk metodelære er læren om prosessen hvor vi gjennom rettskildeprinsipper identifiserer hvilke rettskildefaktorer som er relevante, hva som kan sluttes av disse, og hvordan disse avveies mot hverandre for å finne frem til et sluttprodukt, -rettsregelen. Denne rettsregelen anvendes på det konkrete faktum for å løse det aktuelle juridiske problem.¹⁶

¹² SP artikkel 12 tredje ledd, FK artikkel 26, EMK 4 tilleggsprotokoll nr 2.

¹³ FK artikkel 33, EMK artikkel 3, SP artikler 7 og 13.

¹⁴ The 1951 Refugee Convention, International Covenant on Civil and Political rights, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

¹⁵ Andenæs, M.H (1997) *Rettskildelære* 2 opplag., T. Eckhoff. *Rettskildelære*.5 utgave ved Jan.E.Helgesen 2001, og E.Boe *Innføring i Juss*, 2 utg.1996.

¹⁶ Eckhoff. *Rettskildelære*.5 utgave ved Jan.E.Helgesen

1.6 Forholdet mellom norsk rett og folkeretten

Da det til grunn for den rettslige drøftelsen av oppgavens tema vil ligge tre internasjonale konvensjoner, velger jeg innledningsvis å si noen ord om forholdet mellom norsk rett og folkeretten.

Det er vanlig å skille mellom monisme og dualisme når sammenhengen mellom nasjonal rett og folkeretten skal beskrives. I monistiske stater er folkeretten en del av nasjonal rett og kan påberopes direkte ved nasjonale domstoler. I dualistiske stater er folkeretten og nasjonal rett to adskilte rettssystem. For at statens folkerettslige forpliktelser skal få direkte internrettslig virkning må de gjennomføres særskilt i nasjonal rett.¹⁷

Norsk rett har valgt det dualistiske prinsipp. Dette innebærer at FK, SP, og EMK i utgangspunktet må gjennomføres i norsk rett før de kan få internrettslige virkninger. En slik gjennomføring kan skje ved inkorporasjon, transformasjon, eller konstatering av rettsharmoni. Ved inkorporasjon henviser den norske loven til konvensjonen og fastsetter at den skal gjelde som norsk lov. Ved transformasjon gjengis konvensjonen gjennom en norsk oversettelse av konvensjonens opprinnelige tekst. Konstatering av rettsharmoni innebærer at man konstaterer at norsk rett allerede er i samsvar med folkeretten, og at det derfor ikke er behov for noen formell gjennomføringsakt.¹⁸

SP og EMK har begge blitt inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2¹⁹, og gitt en sterk formell stilling i kraft av menneskerettsloven § 3 som innebærer at ved motstrid mellom disse konvensjonene og annen norsk lovgiving, vil konvensjonens bestemmelser gå foran.²⁰

Dette innebærer at utlendingslovens bestemmelser vil bli underlagt en innskrenkende fortolkning dersom disse skulle være i strid med Norges folkerettslige forpliktelser etter SP og EMK.

¹⁷ Vigdis Vevstad (Red.). *Utlendingsloven kommentarutgave* s.41

¹⁸ Ruud/Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 3. utg 2006 s.58-63.

¹⁹ L 21.5.1999 nr. 30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

²⁰ *Rt.2000 s.996.Rt. 2001 s.1006.*

Flyktningkonvensjonen er i motsetning til SP og EMK ikke inkorporert i menneskerettsloven, og går i utgangspunktet ikke foran norsk lovgivning ved eventuell motstrid. Imidlertid oppstiller utlendl. § 3 en bestemmelse om ”sektormonisme”.²¹ Dette innebærer at utlendingslovens bestemmelser skal ”anvendes i samsvar med ”internasjonale regler”²² som Norge er bundet av, så fremt de har til formål å styrke individets stilling”.²³ Bestemmelsen skal leses i lys av Grunnloven § 110 bokstav c, hvor norske myndigheter pålegges å sikre og respektere menneskerettighetene. Flyktningkonvensjonen vil i tråd med dette ha ”umiddelbar internrettslig virkning”.²⁴

At loven skal anvendes i ”samsvar” med internasjonal rett innebærer at loven skal tolkes i tråd med presumsjonsprinsippet, hvor den tolking som samsvarer best med de folkerettslige regler skal legges til grunn. Foreligger det motstrid mellom norsk og internasjonal rett, skal de internasjonale regler ha forrang i medhold av denne bestemmelsen.²⁵ Da SP, EMK, og FK alle er gitt en sterk formell internrettslig stilling, vil presumsjonsprinsippet spille en mindre rolle ved anvendelsen av disse konvensjoner i norsk rett.

Ikke rettslig bindende rettskilder som eksempelvis erklæringer, anbefalinger og retningslinjer, - såkalt ”soft law”, vil falle utenfor utlendl. § 3 og ha varierende vekt som tolkingsfaktor.²⁶

1.6.1 Tolkning av traktater

Formålet med tolkning av traktater er å bestemme partenes gjensidige rettigheter og plikter slik de fremgår av traktaten.²⁷

²¹ ”Med sektormonisme menes at folkerettslige forpliktelser gjøres til norsk lov på et avgrenset saksområde.” Ot.prp. nr. 45 (2002-2003).

²² Med ”internasjonale regler” skal det forstås både kjente og ukjente regler, nåværende og fremtidige forpliktelser etter folkeretten. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s.401.

²³ Utlendl. § 3.

²⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s.47.

²⁵ V.Vevstad (Red) *Utlendingsloven Kommentartutgave* s.42.

²⁶ Loc.cit.

²⁷ Ruud/Ulfstein. *Op.cit* s.92

Den sentrale rettskilden for inngåelse, tolkning og opphør av traktater er Wienkonvensjonen om traktatretten av 23.mai 1969.²⁸ Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men antas å være bundet av dens innhold da konvensjonen anses uttrykke folkerettslig sedvane.

Den europeiske menneskerettsdomstol(EMD) har ved flere anledninger uttalt at den følger Wienkonvensjonens retningslinjer for tolkning av konvensjoner.²⁹

Da EMDs avgjørelser har stor praktisk betydning for fastleggingen av norsk utlendingsrett, gir jeg en kort oversikt over hvordan den tolker EMK i lys av Wienkonvensjonens bestemmelser.

Den sentrale bestemmelse er artikkel 31. første ledd, som lyder:

A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

Utgangspunktet for tolkningen skal tas i dens ordlyd. Teksten indikerer en objektiv ordlydsfortolkning hvor det er ordenes naturlige betydning, og ikke konvensjonspartenes intensjoner som skal legges til grunn. EMD foretar en autonom fortolkning av konvensjons tekst, uavhengig av nasjonal retts forståelse av den samme ordlyden.³⁰

At tolkningen av traktaten skal skje i ”good faith” oppstiller en lojalitetsplikt mellom partene som knesetter prinsippet om at ”avtaler skal holdes”.³¹ En slik lojalitetsplikt innebærer at man skal velge det tolkingsalternativ som stemmer overens med partenes felles intensjoner hvor ordlyden ellers ikke gir den nødvendige veiledning.³²

²⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)

²⁹ *Golder v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1975, Avsnitt 55.

³⁰ *Engel and Others (I) v the Netherlands* 1976 06 08

³¹ Wienkonvensjonen Artikkel 26. ”Pacta sunt servanda” Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

³² Ruud / Ulfstein. *Op.cit* s.94

Konvensjonen skal tolkes i lys av dens gjenstand og formål. Formålet med EMK er å sikre menneskerettighetene³³, noe som innebærer at det skal gis rettigheter som ”not are theoretical or illusory, but rights that are practical and effective”.³⁴ EMD anvender konvensjonen som et levende og dynamisk instrument som tolkes i lys av “present day conditions”.³⁵ Dette innebærer at det er dagens rettsoppfatning, og ikke den rettsoppfatning som lå til grunn ved konvensjonens inngåelse som skal legges til grunn ved tolkningen.³⁶

Fordi statene ofte selv har best kjennskap og kunnskap om dets interne konflikter, gis disse en skjønnsmargin ”margin of appreciation” ved tolkningen av konvensjonsteksten. Statenes skjønnsmargin omfatter ”hvordan” forpliktelsene skal gjennomføres, og ”omfanget” av disse forpliktelsene. En svært ensartet konvensjonspraksis i de øvrige konvensjonsstater, vil imidlertid innsnevre den ”avvikende” stats skjønnsmargin.³⁷

Av spesiell relevans for denne oppgaven hvor ulike konvensjoner vil bli drøftet i lys av hverandre, er artikkel 31 nr.3 bokstav c, hvor det fremgår at den enkelte konvensjon skal ses i sammenheng med annen internasjonal rett som er anvendbar innenfor rettsområdet mellom partene. Dette innebærer at EMD skal se hen til andre relevante kilder som for eksempel SP og FK når den fastlegger innholdet i EMK.^{38 39}

³³ *Goodwin mot UK EMD 1990.17488* ”... the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom.”

³⁴ *Waite and Kennedy v Germany 1999 02 18*, Avsnitt 67.

³⁵ *Tyrer v the United Kingdom 1978 04 25*

³⁶ Frode Elgesem 2003. *Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode*.

³⁷ Rognlien 2005. *Prinsipper for tolking av EMK*.

³⁸ Jf. EMK artikkel 53.

³⁹ “The Convention ... cannot be interpreted in a vacuum. The Court must be mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty... The Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part... *Al-Adsani v the United Kingdom* 2001 11 21. Avsnitt 55.

1.6.2 Folkerettens kilder

Artikkel 38 ICJ⁴⁰ gir folkerettslig uttrykk for hvilke rettskilder det kan og skal legges vekt på i tolkningen av konvensjoner.

Foruten konvensjonen selv, skal sedvaneretten og generelle rettsprinsipper anerkjent av statene benyttes.⁴¹ Rettsavgjørelser og juridisk teori kan benyttes som subsidiære kilder når innholdet i konvensjonene skal fastlegges.⁴² I praksis må det kunne sies at EMD legger stor vekt på sine tidligere rettsavgjørelser, slik at det ”subsidiære” preget i en viss grad er visket ut. Forarbeider er ikke nevnt av ICJ artikkel 38, men det følget av Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 32, at disse er å anse som subsidiære kilder når disse bekrefter tolkningsresultatene i artikkel 31, eller når tolkningen etter disse kildene leder til uklare eller urimelige tolkningsresultater.

2 Retten til personlig frihet

Retten til personlig frihet er en grunnleggende menneskerettighet nedfelt i nasjonal lovgivning, og i universelle og regionale menneskerettighetskonvensjoner.

I norsk rett knesettes prinsippet i grunnloven § 96 ”Ingen kan dømmes uten efter Lov, eller straffes uten efter Dom”, og i § 99 ”Ingen maa fængslig anholdes, uden i lovbestemt Tilfælde og paa den ved Lovene foreskrevne Maade”.

Folkerettslig er prinsippet nedfelt i artiklene 3 og 9 i De Forente Nasjoners Menneskerettighetserklæring av 1948, hvor det oppstilles et vern for ”liv frihet og personlig sikkerhet (art. 3), og et vern mot ”vilkårlig arrest, fengsling eller landsforvisning” (art. 9). Senere har en rekke konvensjoner nedfelt prinsippet, hvor de mest sentrale er art. 9 i FNs konvensjon for sivile og politiske rettigheter, art. 5 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, art. 6 i EUs charter for fundamentale rettigheter, art. 7 i den Amerikanske konvensjon for menneskerettigheter, art. 6 i det

⁴⁰ Statute of the International Court of Justice – June 26, 1945.

⁴¹ Article 38 ICJ, første ledd bokstav b,c.

⁴² Ibid. Bokstav d.

Afrikanske charter for menneske - og folkerettigheter, art. 20 i Kairoerklæringen om menneskerettigheter innen islam, og art. 20 i det Arabiske charter om menneskerettighetene.

2.1 Retten til personlig frihet er ikke absolutt - suverenitetsprinsippet

Retten til personlig frihet danner basis for utøvelsen av en rekke rettigheter, som retten til familieliv, ytringsfrihet, tilgang til helsetjenester, deltagelse i det offentlige liv og retten til fritt å søke arbeid eller utdanning.

Denne retten er likevel ikke absolutt.

Den enkelte stat har i kraft av sin territorielle suverenitet en anerkjent rett til å gripe inn i enkeltmenneskers frihet underlagt dens jurisdiksjon. Prinsippet innebærer at alle stater er suverene innenfor eget territorium og ikke underkastet noen annens vilje enn sin egen. En konsekvens av dette er at staten har monopol på lovlig maktbruk uten å være underlagt fremmed domsmyndighet.⁴³

Kjernen i FK, SP og EMK er derfor ikke et forbud mot frihetsberøvelse, men et forbud mot at denne frihetsberøvelsen er vilkårlig.

Forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse innebærer begrensninger for norske myndigheter i bruken av tvungen forvaring av asylsøkere. I de følgende drøftelsene vil rammen for disse begrensningene bli trukket opp. Som vi skal se er det små, men likevel viktige forskjeller i tolkingen av uttrykket ”vilkaerlig frihetsberøvelse” mellom de ulike konvensjoner og deres tilhørende organer.

⁴³ Ruud/Ulfstein. *Op.cit* s.21-23

3 Den videre behandling

Innledningsvis gis det en oversikt over dagens norske regelverk.⁴⁴ Deretter foretas en rettslig drøftelse av FK, SP og EMK, hvor det til hver konvensjon gis en avsluttende vurdering av om det norske regelverket er i samsvar med våre forpliktelser etter angjeldende konvensjon.

4 Norsk rett

Utlendinger som ankommer Norge og søker asyl blir i utgangspunktet ikke tatt i forvaring. Asylsøkeren blir den første tiden plassert på et transittmottak inntil helseundersøkelse og asylintervju er foretatt. Under søknadsbehandlingen oppholder utlendingen seg på et ordinært asylmottak. Det er frivillig om asylsøkeren ønsker å benytte seg av dette tilbudet.⁴⁵

Heller ikke ved avslag på søknad om asyl blir den tidligere asylsøker i utgangspunktet tatt i forvaring for å sikre transportering ut av Norge. Det forventes at asylsøkeren frivillig reiser hjem når det er konstatert at vilkårene for flyktingstatus⁴⁶ eller opphold på humanitært grunnlag⁴⁷ ikke foreligger.⁴⁸

⁴⁴ Da oppgaven omhandler rammene våre folkerettslige forpliktelser oppstiller for norske lovgivere, vil fokus være rettet mot de overordnede prinsipper, ikke den materielle praktiseringen av det eksisterende lovverket.

⁴⁵ Utlendingsdirektoratets nettside.

⁴⁶ Utlendl.§ 28.

⁴⁷ Utlendl. §38.

⁴⁸ Et endelig avslag foreligger når UDI har fattet vedtak, og dette ikke er påklaget innen klagefristen (3 uker etter underretning om vedtak), eller UNE har fattet vedtak, jf, forvaltningsloven § 29 første ledd.

4.1 Frihetsberøvelse – utlendingsloven § 106

Dagens lovverk hjemler likevel bruk av tvangsmidler overfor utlendinger som søker eller har søkt asyl.^{49 50}

De relevante bestemmelser fremgår av L15.5.2008 nr. 35 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven/utlendl.).

4.1.1 Første ledd: identitetsavklaring og retur

I henhold til utlendl. § 106 første ledd, kan en utlending pågripes og fengsles når:⁵¹

- a) utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21⁵² eller § 83, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet,

Utlendl § 106 første ledd bokstav a hjemler frihetsberøvelse av asylsøkere i forbindelse med deres ankomst til Norge, i den hensikt å klarlegge deres identitet.⁵³

Formålet med å klarlegge asylsøkerens identitet er å sikre at vedtaket i asylsøknaden treffes på korrekt grunnlag. I utgangspunktet er det forvaltningens eget ansvar å sørge for at saken blir så godt opplyst som mulig.⁵⁴ Ordlyden ”samarbeider” er ikke nærmere redegjort for i forarbeidene⁵⁵, men det er inntatt en henvisning til utlendl. § 83 første og annet ledd, jf. § 93 fjerde ledd, som innebærer at asylsøkeren har ”plikt til å medvirke” til egen identitetsavklaring. Bestemmelsen er ny av 1.3 2012. Før lovendringen hjemlet bestemmelsen adgang til frihetsberøvelse av asylsøkere hvor disse ”nektet” å oppgi sin identitet. Lovendringen medfører således en utvidelse av rettsgrunnlaget og innebærer at asylsøkere kan pågripes og fengsles i den hensikt å holde asylsøkeren tilgjengelig for

⁴⁹ Jf. Utlendl. § 90 (6) og (7).

⁵⁰ Utlendl. § 106 gjelder utlendinger generelt. I gjennomgangen av bestemmelsene vil bare rettsspørsmål knyttet til nåværende og tidligere asylsøkere bli behandlet.

⁵¹ Bokstav c og d omhandler pågrepelse og fengsling med bakgrunn i straffbare forhold, og vil derfor ikke bli behandlet.

⁵² Utlendl. § 21 omhandler generell identitetskontroll av utlendinger.

⁵³ Tall for 2010 viser at 54 utlendinger ble fengslet av Politiets Utlendingsenhet (PU) på grunnlag av tvil vedrørende identitet. Tallet er i praksis noe høyere da fengslinger foretatt av lokale politidistrikt ikke inngår i tallmaterialet. Prop. 138 L (2010-2011), kapittel 3.

⁵⁴ Utlendingsloven § 93 fjerde ledd siste punktum, jf. forvaltningsloven § 17 (1).

⁵⁵ Prop. 138 L (2010-2011)

å sikre at opplysninger blir frembrakt. Frihetsberøvelse blir med dette benyttet for å lette politiets og forvaltningens arbeid og således sikre en raskere og mer effektiv saksbehandling.

Fengslingen må være et ledd i et pågående arbeid med å frembringe asylsøkerens korrekte identitet. Politiet må i sin fengslingsbegjæring redegjøre for hvordan arbeidet med identitetsavklaringen vil skride frem og hvorfor fortsatt fengsling er nødvendig.⁵⁶ Når fengslingen ikke lenger er til praktisk nytte for å kartlegge identiteten, vil det ikke foreligge grunnlag for fortsatt fengsling.

I andre fengslingsalternativ følger det av ”konkrete holdepunkter”, at det ikke stilles krav til sannsynlighetsovervekt for at asylsøkeren ikke oppgir riktig identitet. I forarbeidene var det foreslått ”grunn til å anta”, men etter høringsrunden ble dette justert til ”konkrete holdepunkter” for tydeligere å få frem at bevis- og sannsynlighetsvurderingen må basere seg på konkrete, objektive forhold. Graden av sannsynlighet blir i proposisjonen oppgitt til å måtte være av en ”viss styrke”.⁵⁷ Konkrete holdepunkter” innebærer en senkning av sannsynlighetsterskelen fra tidligere praksis hvor kravet var ”skjellig grunn”. Formålet med senkningen har vært å lette håndhevingen av utlendingskontrollen og legge til rette for en mer effektiv returpolitikk og samtidig harmonisere regelverket med våre naboland.⁵⁸ Innholdet i begrepet ”uriktig identitet” vil vanskelig kunne defineres presist, men vil spenne fra tilfeller med bevisst løgn, til mindre motstridende unøyaktigheter. Om vilkåret til ”konkrete holdepunkter” er oppfylt vil derfor avhenge av en konkret vurdering av asylsøkerens troverdighet.

b) det er ”konkrete holdepunkter” for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket,

⁵⁶ V.Vevstad (Red) *Utlendingsloven Kommentartutgave*, s.577

⁵⁷ Prop. 138 L (2010-2011), s.26.

⁵⁸ Ibid.Kap.6.

Bestemmelsen hjemler frihetsberøvelse av asylsøkere som har fått avslag på sin asylsøknad og derfor ikke lenger har lovlig opphold i Norge.⁵⁹ Formålet med bestemmelsen er å sikre iverksetting av vedtaket.⁶⁰ Det følger av ordlyden ”iverksettingen” at det må foreligge en prosess hvor en retur er forestående. ”Unndragelse” innebærer å forholde seg passiv til vedtaket, og/eller å holde sitt oppholdssted skjult for å unngå tvungen iverksetting.⁶¹

Det ikke stilles krav om sannsynlighetsovervekt for at utlendingen skal unndra seg iverksettingen, jf. ”konkrete holdepunkter”.⁶²

I forbindelse med gjennomføringen av returdirektivet ble det vedtatt ny utlendl.§ 106 a inneholdende objektive kriterier det skal legges vekt på i en totalvurdering av om det foreligger unndragelsesfare.⁶³

Av utlendl. §§ 99 andre ledd følger det at tvangsmidler kan benyttes også under behandlingen av en sak som kan føre til et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket. I henhold til forarbeidene kan fengsling i disse tilfeller foretas hvor det er ”skjellig grunn til å tro at utlendingen vil unndra seg effektivering hvis han får avslag på søknaden.”⁶⁴

e) utlendingen ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten til å skaffe seg gyldig reisedokument, og formålet er å fremstille utlendingen for det aktuelle lands utenriksstasjon for å få utstedt reisedokument,

⁵⁹ Tall for 2010 viser at 489 utlendinger ble fengslet av Politiets Utlendingsenhet (PU) i forbindelse med uttransportering . Totalt gjennomførte PU 4615 uttransporteringer dette året. Prop. 138 L (2010-2011), kapittel 3.

⁶⁰ Utlendl. § 90 (6), jf utlendl.§ 17 (bortvisning), og utlendl. 66 (utvisning).

⁶¹ V.Vevstad (Red) *Utlendingsloven :Kommentarutgave*, s.427.

⁶² Kravet til sannsynlighet har beveget seg fra ”nødvendig” i utlendingsloven av 1988, til ”mest sannsynlig” i tidligere lovtekst i utlendl. av 2008 , til gjeldende ”konkrete holdepunkter”.

⁶³ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/115/EF av 16. desember 2008 (Returdirektivet). Listen er ikke uttømmende.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), side 445.

Bestemmelsen hjemler bruken av forvaring i den hensikt å fremstille den tidligere asylsøker for sitt hjemlands representasjon for å få utstedt reisedokument. Formålet er å sikre at iverksettingen av avslaget kan bli effektivt. Et vilkår for anvendelse av bestemmelsen er at det er truffet vedtak om at utlendingen må forlate riket, jf utlendl. § 90 sjette ledd femte punktum.

f) utlendingen er i transitt i norsk lufthavn, med sikte på utsendelse, eller

Bestemmelsen hjemler bruken av forvaring av utlending som er på gjennomreise gjennom Norge ledsaget av utenlandske polititjenestemenn. Eksempler på slik transitt er FRONTEX hvor Norge deltar sammen med andre land om felles uttransporteringer av utviste utlendinger.⁶⁵

g) utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og dette er fastslått i et vedtak i utlendingssaken eller i en instruks fra departementet, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse.

Bestemmelsen hjemler bruken av forvaring av tidligere asylsøkere som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, og som samtidig er i en prosess hvor hensikten er å transportere vedkommende ut av landet

Bestemmelsen oppstiller to vilkår. For det første må det i et vedtak eller instruks fra departementet være fastslått at utlendingen utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Dette vilkåret stiller strenge krav til fengslingsgrunner.”

Grunnleggende nasjonale interesser” er en rettslig standard med et dynamisk og situasjonsbetinget innhold.⁶⁶ I forarbeidene vises det til tilsvarende uttrykk i

⁶⁵ FRONTEX er EUs organisasjon for sikkerhet ved EUs yttergrenser.

⁶⁶ ”Begrepet må tolkes i lys av den generelle samfunnsutviklingen og endringer i det internasjonale trusselbildet, jf. NOU 2004: 20 Ny utlendingslov s. 352. Blant annet vil den utenrikspolitiske situasjonen, internasjonale utviklingstrekk og den innenrikspolitiske stabiliteten ha betydning i vurderingen.” Ot.prp.

straffeloven, hvor interesser som vernes er ”Norges selvstendighet og fred, Norges statsforfatning, de høyeste statsorganenes virksomhet, viktige samfunnsinstitusjoner og statshemmeligheter”.⁶⁷

For det andre må det treffes tiltak med sikte på utsendelse. Ordlyden innebærer at det avgjørende vil være at det foregår en aktiv prosess med realistiske utsikter til gjennomføring av utsendelsen.⁶⁸

4.1.2 Andre ledd: proporsjonalitet.

Det skal ikke beslutes pågrep eller fengsling dersom det vil være tilstrekkelig med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, jf. § 105.

Frihetsberøvelse i form av pågrep og fengsling er et svært inngripende tvangsmiddel. Lovgiver har i utlendl. § 99 første ledd derfor inntatt et generelt prinsipp om anvendelse av proporsjonalitet i vurderingen av om tvangsmidler skal benyttes.⁶⁹ ”Et tvangsmiddel kan bare brukes når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmiddelet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.” Bestemmelsen i utlendl. § 106 andre ledd er tatt inn av presiseringshensyn, og innebærer ingen realitetsendring.⁷⁰

Da proporsjonalitet er et viktig og tilbakevendende prinsipp som vil være sentralt i den kommende behandlingen av FK, SP og EMK, velger jeg å beskrive dette prinsippet noe mer utførlig i forbindelse med prinsippets gjennomføring i utlendingsloven.⁷¹

nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)s. 383.

⁶⁷ Prop. 138 L (2010-2011) s.50

⁶⁸ En prosess uten realistiske muligheter til gjennomføring vil være unødvendig, og da også uproporsjonal, jf. tredje ledd

⁶⁹ Jf. straffeprosessloven § 170 a.

⁷⁰ Prop. 138 L (2010-2011) s.28

⁷¹ Beskrivelsen er basert på universitetsstipendiat Merete Havre Meidells foiler inntatt i undervisningskompendium til bruk i faget Utlendingsrett, våren 2012.

Proporsjonalitetsprinsippet er et generelt offentligrettslig prinsipp som regulerer forholdet mellom offentlige og private rettssubjekter. Prinsippet innebærer en helhetsvurdering inneholdende tre kumulative skranker i form av vilkår om at inngrepet må være egnet, nødvendig og forholdsmessig.

At inngrepet må være egnet er et objektivt kriterium hvor det ses hen til om inngrepet sammenlignet med andre alternative virkemidler er egnet til å oppnå det ønskede formål. Det må foreligge årsakssammenheng mellom mål og middel, hvor middelet må virke fremmende på målet.

Pågrep og fengsling av asylsøkere må derfor være virkemidler som er egnet til å avklare identitet og sikre uttransportering. Fengsling av asylsøkere innebærer at asylsøkeren vil være til stede under identifiseringen ved ankomst, og ikke kan unndra seg iverksetting av uttransportering etter avslag, noe som isolert og objektivt sett innebærer at fengsling er et egnet virkemiddel.

Videre er det et vilkår at tiltaket er nødvendig. Det ses hen til om det finnes alternative inngrep av mindre inngripende karakter som vil oppnå samme formål.

Utlendl.§ 106 andre ledd oppstiller en plikt, jf. ”skal ikke” til å vurdere om meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted jf. utlendl.§ 105 er alternativer som kan oppnå samme formål som pågrep og fengsling. Anses ikke de alternative tiltakene å være ”tilstrekkelige” fordi det foreligger særskilte grunner, – som for eksempel unndragelsesfare - vil kravet til nødvendighet være oppfylt.

Avslutningsvis stilles det krav til forholdsmessighet i snever forstand. Dette innebærer en sammenligning av innskuddsmessige størrelser hvor det foretas en rettferdighetsvurdering av om formålet helliger middelet. Samfunnets behov vil her veies opp mot hvilke inngrep den private part blir pålagt. Desto mer inngripende tiltaket er ovenfor den private part, desto viktigere må de offentlige hensyn være.

En avveining av asylsøkerens rett til personlig frihet målt opp mot samfunnets behov for grensekontroll og effektiv saksbehandling vil her ligge til grunn. Forhold som vil

kunne trekkes inn i vurderingen av om forvaring er et forholdsmessig inngrep er sykdom, familieforhold, språkproblemer og alder.^{72 73}

4.1.3 Tredje ledd: rettslig prøving av vedtaket

Pågrepelse besluttet av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Når det er fare ved opphold, kan en polititjenestemann foreta pågrepelse. Vil politiet beholde den pågrepne, må vedkommende snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågrepelsen, fremstilles for tingretten med begjæring om fengsling. Straffeprosessloven §§ 174 til 191 gjelder så langt de passer. Fengsling etter første ledd bokstav b og f kan besluttet for høyst fire uker av gangen.

Pågrepelse og fengsling etter utlendl § 106 første ledd foretas av politiet og innebærer en administrativ frihetsberøvelse. Da administrativ frihetsberøvelse ikke er en strafferettslig sanksjon men et fremoverskuende virkemiddel med et preventivt formål, er det viktig at den fengslede gis anledning til å prøve denne beslutningen. Denne prøvelsen skal skje ”snarest mulig” ved domstolene dersom politiet ønsker å opprettholde fengslingen. Innholdsmessig er bestemmelsen tilnærmet lik straffeprosessloven(strpl.) § 183, men fremstillingsfristen er kortere. I forbindelse med Ot.prp. nr.75 ble det vurdert å utvide fremstillingsfristen i samsvar med strpl. § 183 (senest tre dager etter fengsling), men departementet fremholdt at utlendingens rettsikkerhet veide tyngre enn effektiviseringshensyn.⁷⁴

Blant de sentrale straffeprosessuelle bestemmelser som gjelder ”så lang de passer”, er strpl.§177, som gir den forvarte krav på å få opplysninger om det lovbrudd mistanken gjelder, og strpl.§184 andre ledd hvor den forvarte skal informeres om grunnen til fengslingen og hvorfor fengslingen ikke er et uforholdsmessig inngrep. Videre er strpl.§

⁷² V.Vevstad (Red) *Utlendingsloven Kommentartutgave* s.576.

⁷³ ”En utlending som pågripes og fengsles i medhold av § 106 første ledd, skal som hovedregel anbringes i utlendingsinternat”, jf utlendl.§ 107 (1).

⁷⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007). Kapittel 17.

185 femte ledd viktig i utlendingssaker da den hjemler løslatelse av asylsøkeren dersom ikke identitetsavklaringen eller uttransporteringen skrider frem med ”tilstrekkelig hurtighet” og fortsatt fengsling ikke er rimelig.

4.1.4 Fjerde ledd: samlet fengslingstid.

Samlet fengslingstid kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner. Fengsling for å forberede eller gjennomføre en utsendelse kan bare overstige 12 uker dersom utlendingen ikke samarbeider om gjennomføring av utsendelsen eller det er forsinkelser med å fremskaffe nødvendige dokumenter fra et annet lands myndigheter, eller dersom beslutningen om fengsling er truffet med grunnlag i første ledd bokstav g. Fengsling kan ikke overstige 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon eller vedkommende er fengslet i medhold av første ledd bokstav g.

Bestemmelsen regulerer fengslingstidens lengde, og omfatter både identifiseringstilfellene i bokstav a og iverksettelsestilfellene i bokstav b-g. Fengslingstiden skal ikke overstige 12 uker med mindre det foreligger ”særlige grunner”.

Dette er et skjønnsmessig kriterium hvor loven i identifiseringstilfellene ikke gir noen anvisning på hvilke vilkår som må være oppfylt.

Domstolene har hyppig tolket dette skjønnsmessige uttrykket. Gjennomgående har manglende samarbeid/ direkte motarbeidelse av politiets identifikasjonsarbeid med den følge at etterforskningen har blitt svært tidkrevende, blitt subsumert under ”særlige grunner”.⁷⁵ Det legges i disse tilfellene vekt på at den frihetsberøvede selv er å klandre at fengslingstiden trekker ut.

⁷⁵ For eksempel *Rt.1993 s.196*, *Rt. 1999 s.1460*.

I iverksettelsestilfellene hvor formålet er å sørge for retur av den tidligere asylsøker, er ”særlige grunner” legaldefinert i andre punktum og innebærer tilfeller hvor utlendingen ikke samarbeider om utsendelsen eller det er forsinkelser med å fremskaffe opplysninger fra andre lands myndigheter. Denne konkretiseringen er en følge av gjennomføringen av returdirektivet, herunder artikkel 15 sjette ledd bokstav a og b i norsk rett.⁷⁶

Hvor det foreligger ”særlige grunner”, fremgår det av bestemmelsens andre og tredje punktum at den tidligere asylsøkeren uansett ikke kan holdes fengslet i mer enn 18 måneder, så sant ikke fengslingen er gjort i medhold av første ledd bokstav g. Bokstav g omhandler tilfeller hvor ”grunnleggende nasjonale interesser” er berørt, og vil være en sjelden benyttet unntaksbestemmelse hvor sterke hensyn taler for fortsatt fengsling.⁷⁷

4.2 Oppsummering norsk rett

Det norske regelverket hjemler frihetsberøvelse av nåværende og tidligere asylsøkere som et ledd i identitetsavklaring og iverksettelse av uttransportering. Den rettslige forutsigbarhet er ivaretatt gjennom oppstillingen av en uttømmende liste hvor de aktuelle rettsgrunnlag for bruken av pågrep og fengsling er hjemlet. Lovgivningen knesetter videre et prinsipp om bruken av proporsjonalitet, hvor frihetsberøvelse kun skal benyttes hvor andre mindre inngripende virkemidler er utilstrekkelige.

Frihetsberøvelsen skal underlegges en rask prøvelse dersom den skal opprettholdes, hvor de straffeprosessuelle bestemmelser kommer til anvendelse på forholdet så langt de passer. Lovgivningen oppstiller en maksimal fengslingstid på 18 måneder, med unntak for de tilfeller hvor grunnleggende nasjonale interesser tilsier en fravikelse av dette.

⁷⁶ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/115/EF av 16. desember 2008 om felles standarder og prosedyrer i medlemsstatene for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold.

⁷⁷ Innføring av lengste fengslingsperiode på 18 måneder i iverksettingstilfellene er en konsekvens av returdirektivet, jf art 15 sjette ledd. Da identifikasjon en sentral del av returarbeidet, ble det besluttet at det ikke var behov for å sonde mellom identifikasjonstilfellene og iverksettelsestilfellene, med den følge at det også for identifikasjonstilfellene ble oppstilt lengste fengslingstid på 18 måneder. Prop. 3 L (2010-2011) Endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet). s 54.

Grunnleggende prinsipper om legalitet, proporsjonalitet, og tilgang på prosessuelle rettigheter er alle ivarettatt i den norske lovgivningen.

5 Flyktningkonvensjonen av 1951 med tilleggsprotokoll av 1967

FNs flyktningkonvensjon er et resultat av andre verdenskrig hvor nær 40 millioner mennesker var fordrevet fra sine opprinnelige hjemland. Konvensjonens formål var å hjelpe krigsflyktningene å finne ny permanent bosetting.

FNs flyktningkonvensjon ble vedtatt av De forente nasjoner 28. juli 1951, ratifisert av Norge 7. november 1952, og trådte i kraft 22. april 1954.

Konvensjonens bestemmelser er i stor grad transformert til norsk rett gjennom Utlendingsloven av 15. mai 1988 nr. 35.

5.1 "Flyktning" - asylsøker

Konvensjonen regulerer hvem som er flyktning, og hvilke rettigheter som tilkommer disse.

"Flyktning" er definert i flyktningkonvensjonen artikkel 1A andre ledd :

...enhver person som ...på grunn av at han med rette frykter for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute av stand til, eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse...⁷⁸

Av teksten kan det utledes fem kriterier som må være oppfylt for å oppnå anerkjennelse som flyktning. Personen på flukt må oppholde seg utenfor sitt eget hjemland, flukten

⁷⁸ Jf. utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a.

må være begrunnet i frykt for forfølgelse, frykten må være velbegrunnet, forfølgelsen må skyldes en av de fem grunnene listet opp i definisjonen og flyktningen må være ute av stand, eller uvillig til å påberope seg eget hjemlands beskyttelse.

Flyktningkonvensjonen omtaler ikke asylsøkere, men det er på det rene at asylsøkere dekkes av konvensjonsteksten. Dette er en logisk følge av at status som flyktning ikke er et resultat av et administrativt vedtak om anerkjennelse, men er en følge av å oppfylle kriteriene i FK artikkel 1A andre ledd.⁷⁹ ⁸⁰ En asylsøker presumeres derfor å være flyktning inntil annet er fastslått gjennom behandlingen av asylsøknaden.

5.2 Asylsøkerens rettigheter

Flyktningkonvensjonen er bygget opp som en rettighetskatalog over fire nivåer hvor asylsøkerens rettigheter etter konvensjonen avhenger av hvilken tilknytning vedkommende har til mottakerlandet. Enkelte rettigheter utløses ved fysisk tilstedeværelse på territoriet “physically present”, andre utløses ved lovlig tilstedeværelse “lawfully present”, en tredje kategori utløses ved lovlig opphold “lawfully staying”, og en siste kategori rettigheter utløses når asylsøkeren har fast bosettelse” habitual residence”, i tilfluktslandet.⁸¹

Asylsøkerens tilknytning til tilfluktslandet må derfor avklares før de enkelte rettigheter kan påberopes.

5.3 Frihetsberøvelse - lovlig eller ulovlig opphold ?

Artikkel 31 har overskriften ”Flyktninger som ulovlig oppholder seg i tilfluktslandet.”

⁷⁹” A person is a refugee within the meaning of the 1951 convention as soon as he fulfills the criteria contained in the definition. This would necessarily occur prior to the time at which his refugee status is formally detained.” UNHCR Håndboken art 28.

⁸⁰ Konvensjonen omfatter også flyktninger som ikke befinner seg i tilfluktslandet, men som har oppsøkt dette landets grenser med begjæring om beskyttelse. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* 2005, s 157.

⁸¹ Ibid, kapittel 3.

Andre ledd lyder :

2. De kontraherende stater skal ikke pålegge slike flyktninger andre begrensninger i bevegelsesfriheten enn dem som er nødvendige, og slike begrensninger skal bare stå ved makt inntil flyktningenes forhold i landet er ordnet eller de får adgang til et annet land. De kontraherende stater skal innrømme slike flyktninger en rimelig tid og alle nødvendige lettelser for å få adgang til et annet land.

FK 31 andre ledd hjemler frihetsberøvelse av asylsøkere som "ulovlig" oppholder seg i tilfluktslandet. Frihetsberøvelse skal bare benyttes hvor dette er "nødvendig", og bare inntil forholdet er "ordnet" eller søkeren får adgang til et annet land.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med artikkel 26. Artiklene er nært knyttet sammen, men forskjellen kan ofte være vanskelig å skjelne.

Artikkel 26 har overskriften "Bevegelsesfrihet", og lyder :

Hver kontraherende stat skal tilstå flyktninger som lovlig oppholder seg på dets territorium, rett til å velge bopel og til fritt å bevege seg innenfor dets territorium, dog med forbehold om slike bestemmelser som måtte være gitt anvendelse på utlendinger i sin alminnelighet i samme stilling.

Artikkelen regulerer bevegelsesfriheten til flyktninger som "lovlig" befinner seg på det aktuelle lands territorium. Det følger av ordlyden at disse skal gis rett til fritt å bevege seg innenfor landets territorium på lik linje med andre utlendinger. Artikkelen hjemler således ikke frihetsberøvelse med grunnlag i utlendingens status som asylsøker.

Flyktningkonvensjonen oppstiller med dette et klart rettighetsskille basert på hvem som har lovlig opphold etter artikkel 26, og hvem som ikke anses å ha lovlig opphold etter

artikkel 31.⁸² Kun asylsøkere som ikke har ”lovlig opphold” kan bli frarøvet sin personlige frihet på grunnlag av status som asylsøker.

Før den rettslige drøftelsen av hva som er ”nødvendige begrensninger” i asylsøkerens bevegelsesfrihet i henhold til FK 31 andre ledd og hjemler bruk av tvungen forvaring, må det avklares hvem som er subjekter etter bestemmelsen. Med andre ord, : hvem oppholder seg lovlig i tilfluktslandet og vernes etter artikkel 26, og hvem oppholder seg ulovlig, og subsumeres under artikkel 31.

Svaret avhenger av en tolkning av FK artikkel 26 og ordlyden ”lovlig oppholder seg”.⁸³

5.4 ”Lovlig opphold” – FK artikkel 26

En person som oppholder seg ”ulovlig” i et land, vil ofte omtales, som ”illegal”, ”papirløs”, returnekter”, eller ”ulovlig”. Dette er en sammensatt gruppe mennesker, men vil være dominert av tidligere asylsøkere som har fått avslag på sin søknad om asyl, immigranter som har bosatt seg i Norge uten å melde sin ankomst til norske myndigheter og utlendinger med visum eller oppholdstillatelser som har utløpt.⁸⁴ Disse gruppene vil i utgangspunktet falle utenfor det vernet flyktningkonvensjonen oppstiller

⁸² Asylsøker som subsumeres under artikkel 31 andre ledd vil da ha beskyttelse på grunnlag av ”fysisk tilstedeværelse” (nivå nr.1), mens asylsøkere som subsumeres under artikkel 26, gis beskyttelse på grunnlag av ”lovlig tilstedeværelse”, (nivå nr.2).

⁸³ Den norske oversettelsen ”lovlig oppholder seg” er egnet til å forveksles med den tredje rettighetskategorien ”å ha lovlig opphold (lawfully staying). En mer klargjørende oversettelse vill vært ”lovlig till stede” (lawfully present), for bedre å skille mellom lovlig tilstedeværelse på territoriet, og lovlig adgang til mer permanent bosettelse. Da flyktningkonvensjonen i dens norske oversettelse bruker uttrykket ”lovlig oppholder seg”, vil jeg benytte dette uttrykket i den videre drøftelsen.

⁸⁴ Electronic Journal of Sociology (2004)

ISSN: 1198 3655

Guerrero (2000:6) has identified seven categories of undocumented migrants:

1. People who have entered the country with regular documents, but who stay longer than the documents permit.
2. Immigrants who have lost their residence and/or work permit, either because they cannot renew it or they have lost it for some other reason.
3. Refugees with short term residence permits, who lost their permits, but still stay in the country.
4. Migrants who have been released from deportation centers because they could not be deported.
5. People who have entered the country in an irregular way - for example through smuggling or trafficking .
6. Asylum seekers who have exhausted the asylum procedures and have eluded arrest or deportation.
7. Stateless persons who have had great difficulties in obtaining official documents.

for personer som ulovlig oppholder seg i Norge. I ”utgangspunktet”, fordi det blant de som ikke har meldt sin ankomst til norske myndigheter, kan finnes mennesker som har et beskyttelsesbehov, og da faller inn under definisjonen ”flyktning”, jf. FK art 1 A andre ledd.

Imidlertid vil også regulære asylsøkere som har oppsøkt et lands grensekontroll og presentert sin søknad før innreise, i enkelte land bli ansett ikke ha lovlig opphold i landet.⁸⁵

At også regulære asylsøkere kan anses ikke å ha lovlig opphold skyldes at det i dag ikke finnes noen autoritær tolkning med generell universell oppslutning av hva som ligger i begrepet ”lovlig opphold”. Dette er en følge av at det ikke er opprettet et dømmende folkerettslig bindende organ som kan gi en autonom fortolkning av konvensjonens innhold.

Årsaken er først og fremst politisk. Det følger av forarbeidene til FK at det var et bevisst valg at ingen bindende definisjon av uttrykket ble utarbeidet.⁸⁶ Det er i statenes interesse selv å kunne avgjøre hvem som oppholder seg ulovlig på deres territorium, og dermed har krav på de rettigheter statene har forpliktet seg til å innvilge.

Av forarbeidene til FK fremgår det at ”lovlig opphold” er antatt å foreligge under søknadsperioden, altså i tidsrommet fra asylsøkeren leverer sin søknad, til han får svar på denne.⁸⁷ Dette innebærer at når mottakerlandet aksepterer å behandle asylsøknaden vil det foreligge en form for autorisasjon som medfører at lovlig opphold foreligger under søknadsperioden. I henhold til dette vil det bare være immigranter som ikke har søkt asyl, og immigranter som har søkt, - men fått avslag, som ikke har ”lovlig opphold”.⁸⁸ Den siste gruppen, - søkere som har fått avslag, vil falle utenfor flyktningkonvensjonens bestemmelser da de verken er flyktninger eller(lenger) er asylsøkere. Et eventuelt vern for denne gruppen mot bruken av tvungen forvaring må søkes i konvensjoner som ikke skiller mellom subjektens status, for eksempel SP artikkel 9 og EMK artikkel 5.

⁸⁵ Se for eksempel *Saadi v. The United Kingdom* 2008 01 29, Avsnitt 65.

⁸⁶ Hathaway, op.cit., s.177.

⁸⁷ Hathaway, op.cit., s.175.

⁸⁸ Loc.cit.

Høykommissæren for flyktninger (UNHCR) støtter denne tolkningen av forarbeidene og presumer asylsøkere å være flyktninger inntil deres søknad er avgjort, og i tråd med dette anses ha lovlig opphold jf. FK artikkel 26. Om en slik presumsjon ikke forelå ville flyktninger kunne nektes sine rettigheter etter konvensjonen med den begrunnelse at de hadde “ulovlig opphold”. En slik forståelse ville gjøre flyktningvernet illusorisk.⁸⁹ Dette ville videre være et brudd med Wienkonvensjonen om traktetretten artikkel 31 hvor en traktat skal tolkes “in good faith”, og da også et brudd på den lojalitetsplikt oppstilt i artikkel 26.

Videre kan det til støtte for et slikt syn anføres UNHCR Håndboken⁹⁰, hvor det fremgår av artikkel 196 at ansvaret for å frembringe alle relevante fakta knyttet til asylsøknaden er delt mellom søker og tilfluktsland.⁹¹ Dette oppstiller en plikt for tilfluktslandet til å sørge for saken blir så godt opplyst som mulig. Det kan argumenteres for at et land som har akseptert å behandle en søknad og samtidig påtatt seg en selvstendig plikt til å sørge for at alle relevante opplysninger blir frembrakt, har gitt søkeren autorisasjon til lovlig å befinne seg i tilfluktslandet under behandlingsperioden.⁹²

Også FNs menneskerettighetskomité (HRC)⁹³ deler en slik oppfatning. I saken *Celepli mot Sverige* anså HRC at en tyrkisk statsborger som hadde fått avslag på sin asylsøknad og senere utvist - men som fikk bli på grunnlag av humanitære årsaker - å hatt lovlig opphold. Når personer som har fått avslag på sin søknad og senere utvist anses hatt

⁸⁹“Every refugee is, initially, also an asylum-seeker; therefore, to protect refugees, asylum-seekers must be treated on the assumption that they may be refugees until their status has been determined.” UNHCR Note on International Protection” UN Doc. A/AC. 96/815(1993), Avsnitt 11.

⁹⁰ Håndboken er ikke rettslig bindende, men tillegges normalt stor vekt internasjonalt. V.Vevstad (Red) *Utlendingsloven Kommentarutgave* s.45.

⁹¹ Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. Artikkel 196.

⁹² Hathaway, op.cit. 180.

⁹³ FNs menneskerettighetskomité er opprettet i medhold av SP artiklene 28-45, og behandler statsrapporter, mellomstatlige klager og individklager. Individklagene avsluttes med at komiteen gir uttrykk for sine synspunkter på saken. Disse synspunktene er ikke bindende for medlemslandene og mangler formell domskraft. Disse synspunktene vil i praksis ha relativt stor vekt ved tolkningen av konvensjonene, og vil kunne bidra til folkerettslig sedvane. N.Høstmælingen. Internasjonale Menneskerettigheter. 3opplag 2006 ,s. 360.

lovlig opphold på landets territorium, må dette gjelde desto mer for personer som er i en søknadsprosess og ennå ikke fått svar på sin asylssøknad.^{94 95}

Dette synet finner også støtte i juridisk teori, hvor regulære asylsøkere som oppsøker mottakerlandets myndigheter og oppgir korrekt identitet ved hjelp av etterprøvbare dokumenter og følger de formelle prosedyrer for å søke asyl, anses ha lovlig adgang på territoriet.^{96 97}

Et mindretall på seks dommere⁹⁸ la også et slikt syn til grunn i EMDs storkammerdom *Saadi mot Storbritannia*, hvor det ble uttalt:

... the principle that asylum seekers who have presented a claim for international protection are *ipso facto* lawfully within the territory of a State, in particular for the purposes of Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights (liberty of movement) and the case-law of the Human Rights Committee, according to which a person who has duly presented an application for asylum is considered to be "lawfully within the territory ...

Et flertall på elleve dommere kom imidlertid til at lovlig opphold først foreligger når asylsøkeren har mottatt formell autorisasjon.⁹⁹

... until a State has "authorised" entry to the country, any entry is "unauthorised"... It does not accept that, as soon as an asylum seeker has surrendered himself to the immigration authorities, he is seeking

⁹⁴ *Celepli v. Sweden*, CCPR/C/51/D/456/1991

⁹⁵ Hathaway, op.cit., s.183.

⁹⁶ Ibid s. 178.

⁹⁷ Også Grahl Madsen, "Generally, an alien is considered to be "lawfully" in the territory if he possesses proper documentation, has observed the frontier control formalities, and has not overstayed the period for which he is allowed to stay by operation of law or by virtue of landing condition". Grahl-Madsen, *Status of Refugees II* at 357. I Hathaway s.185.

⁹⁸ Joint partly dissenting opinion of judges Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyeu, Spielmann and Hirvelä.

⁹⁹ *Saadi v. The United Kingdom* 2008 01 29. Avsnitt 65.

to effect an "authorised" entry, with the result that detention cannot be justified under the first limb of Article 5 § 1 (f).

Flertallet legger avgjørende vekt på territorialprinsippet, hvor en nødvendig følge av dette prinsippet er at statene selv skal stå fritt til å avgjøre hvem som skal gis autorisasjon – og dermed ha lovlig opphold - til adgang til territoriet.¹⁰⁰

5.4.1 " Lovlig opphold" - regulære asylsøkere

Med unntak av flertallet i EMDs storkammerdom *Saadi mot Storbritannia* peker rettskildebildet relativt entydig i retning av at asylsøkere som ankommer landets grense i den hensikt å søke asyl, anses ha lovlig opphold i landet inntil denne søknaden er behandlet. Disse vil da nyte godt av de rettigheter oppstilt i FK artikkel 26, og ikke kunne bli frihetsberøvet med hjemmel i FK 31 andre ledd.

5.4.2 Fra illegal til legal - FK artikkel 31

I henhold til UNHCR vil også asylsøkere som i utgangspunktet ikke har "lovlig opphold" i tilfluktslandet, kunne få lovlig opphold dersom disse oppfyller vilkårene i artikkel 31 første ledd,¹⁰¹ " ... once the domestic law formalities for access into determination procedures have been complied with, status is regularized if the other criteria in Art. 31 are met, and Art. 26 governs the position".¹⁰²

Artikkel 31 første ledd lyder :

"De kontraherende stater skal ikke straffe¹⁰³ flyktninger, som er kommet direkte fra et område hvor deres liv eller frihet var truet i den

¹⁰⁰ "It is a necessary adjunct to this right that States are permitted to detain would-be immigrants who have applied for permission to enter, whether by way of asylum or not. Ibid. Avsnitt 64.

¹⁰¹ Dette vil i praksis være asylsøkere som har ankommet mottakslandet gjennom menneskesmugling og da ikke meldt sin ankomst ved landets grense.

¹⁰² *Saadi v. United Kingdom*, Written Submissions on behalf of the United Nations High Commissioner for Refugees, supra, Avsnitt. 27.

¹⁰³ Med "straffe(r)" siktes det her til straffeprosessuelle konsekvenser grunnet den ulovlige grensepassering. Bruken av administrativ frihetsberøvelse i henhold til artikkel 31 andre ledd omfattes

i artikkel 1 omhandlede betydning, og som uten tillatelse kommer inn eller befinner seg på deres territorium, på grunn av deres ulovlige innreise eller opphold, forutsatt at flyktningene straks fremstiller seg for myndighetene og godtgjør at de har gyldig grunn for deres ulovlige innreise eller opphold.”

Deres forhold vil da bli ”ordnet” (regularized), jf. FK artikkel 31 andre ledd og en eventuell forvaring etter dette tidspunkt må opphøre. De vil da få vern etter artikkel 26. Et slikt syn finner også støtte i HRC:

... the Committee has held that an alien who entered the State illegally, but whose status has been regularized, must be considered to be lawfully within the territory for the purposes of article 12.^{104 105}

Et ”ordnet forhold” etter 31 andre ledd vil da innebære et ”lovlig opphold” etter artikkel 26.

5.4.2.1 ”Et ordnet forhold”

Et ”ordnet” forhold innebærer at asylsøkeren har gjort det som kreves av mottakslandet for at han skal få sin søknad behandlet. I tråd med ovennevnte uttalelser av UNHCR og HCR, vil dette inntreffe når søkeren ”har kommet direkte”, har ”straks fremstilt seg for myndighetene”, og hatt ”gyldig grunn” for den ulovlige innreisen, jf FK art.31 første ledd.

Bestemmelsen bygger på en erkjennelse av at det kan være situasjoner hvor søkeren ikke har hatt annen mulighet til å slippe unna forfølgelse hvor deres liv eller frihet var truet, enn gjennom ulovlig ta seg inn i tilfluktslandet.¹⁰⁶

ikke av ordlyden og kan derfor anvendes til tross for at vilkårene i artikkel 31 første ledd er oppfylt. Guy S. Goodwin-Gill, *A paper prepared at the request of the Department of International Protection for the UNHCR Global Consultations* October 2001.

¹⁰⁴ General Comment No. 27: Freedom of movement (Art.12): 02/11/99.

¹⁰⁵ Henvisningen er til SP art 12 nr.1 som innholdsmessig er identisk med artikkel 26 FK.SP artikkel 12 første ledd.lyder ”Enhver som lovlig befinner seg på en stats territorium, skal ha rett til å bevege seg fritt der og til fritt å velge sitt bosted.”

Det fremgår av forarbeidene at det ikke er nødvendig at asylsøkeren har ”kommet direkte” fra sitt eget hjemland. Også et ”rimelig kort” opphold i et annet land vil subsumeres under ordlyden. Ordlyden dekker også reise fra et annet land hvor asylsøkerens beskyttelse, trygghet og sikkerhet ikke kunne sikres. Det er videre forutsatt at begrepet omfatter en person som passerer gjennom et mellomliggende land for en kort periode uten å ha søkt eller mottatt, asyl der.¹⁰⁷

Hva som dekkes av uttrykket ”straks fremstilt seg for myndighetene” vil bero på ”omstendigheter varierende fra sak til sak, som for eksempel usikkerhet om hvor man skal henvende seg, språkproblemer, mangel på informasjon, traumer og mistro.¹⁰⁸ Det er likevel et vilkår at fremstillingen har skjedd frivillig. En pågripelse etter kort tid i ankomstlandet hvor flyktningen ennå ikke har hatt mulighet til å fremstille seg vil likevel anses være frivillig.¹⁰⁹ Personer som har oppholdt seg lenge i mottakslandet uten å ha til hensikt å fremstille seg for myndighetene vil falle utenfor konvensjonens vern. Hvilken myndighet fremstillingen skjer overfor er ikke avgjørende, det er derfor ikke nødvendig at flyktningen fremstiller seg for nærmeste myndighet.¹¹⁰

Hensikten bak vilkåret om ”gyldig grunn” for den ulovlige innreisen er å forbeholde vernet etter konvensjonen til de mennesker som søker nytt hjemland grunnet forfølgelse. Av den grunn vil myndighetene i mottakerlandet kunne be om en plausibel forklaring på hvorfor søkeren ikke har valgt å søke beskyttelse i andre mer nærliggende nasjoner^{111 112}

¹⁰⁶ Guy S. Goodwin-Gill : *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection*” s.191.

¹⁰⁷ Loc.cit.

¹⁰⁸ UNHCR’s Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers February 1999 nr 4.

¹⁰⁹ Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the refugee convention 1951 Articles 2-11, 13-37*. Published by the Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees 1997 s. 102-103.

¹¹⁰ Loc.cit.

¹¹¹ Loc.cit.

¹¹² I henhold til sveitsisk rett som har tolket ordlyden, vil frykten fra å bli avvist av ankomstlandet uten rettslig prøving være ”gyldig grunn” til å ta seg ulovlig inn i landet. *Dec.6s.737/98 /bue, Asyl.99/2, at 21. (Sv, FC, Mar 17.1999).*

En slik forståelse av ”ordnet” vil være i tråd med bakgrunnen for statenes behov for å benytte forvaring. Straks asylsøkeren er ”regularized”, vil han ikke lenger utgjøre noen sikkerhetsrisiko, og behovet for forvaring vil ikke lenger være til stede. De tiltak som inntil dette tidspunkt ble ansett som ”nødvendige” skal da bortfalle.

En forlenget forvaring grunnet den illegale ankomsten etter at forholdet har blitt ordnet vil følgelig være et brudd på artikkel 31 andre ledd.

5.4.3 Oppsummering ”lovlig opphold”

Som fremstillingen har vist er det to ”veier” frem til ”lovlig opphold”. For det første, gruppen av regulære asylsøkere som leverte sin søknad ved landets grense. For det andre, personer som kom inn i landet på irregulært vis men som senere har fått sitt forhold ”ordnet”. Begge disse gruppene asylsøkere vil da få vern etter FK artikkel 26 på lik linje med andre utlendinger som oppholder seg i landet.¹¹³

5.5 FK artikkel 31 andre ledd ”nødvendige begrensninger” - vern mot vilkårlighet

Det som da gjenstår å behandle er de tilfeller hvor den enkelte asylsøker (ennå) ikke har fått sitt forhold ”ordnet” og derfor anses å ha ”ulovlig opphold” i ankomstlandet, og hvilke begrensninger som da ligger i at forvaringen må være ”nødvendig”. Kun hvor forvaringen anses å være ”nødvendig” vil den også være uvilkårlig.

I det første utkastet til artikkel 31 andre ledd, ble ordlyden forandret fra ”may deem necessary”, til ”are necessary”, for å understreke at forvaring kun skal brukes hvor dette blir ansett være absolutt nødvendig.¹¹⁴ Bakgrunnen for forandringen var erkjennelsen av at mennesker som blir underlagt denne forvaringen ikke har begått noen straffbar

¹¹³ En slik oppfatning deles som nevnt ikke av EMD, jf. *Saadi v. The United Kingdom* 2008 01 29. Avsnitt 65.

¹¹⁴ Hathaway, op.cit., s.423.

handling, men derimot ofte er mennesker som er på flukt med sine liv som innsats.¹¹⁵ Av den grunn skulle terskelen for bruk av frihetsberøvelse ligge høyt.

I henhold til Hathaway, angir ikke forarbeidene til FK presist hva som ligger i begrepet ”nødvendige begrensninger”.¹¹⁶ Med hensyn til at konvensjonen ble konstruert i kjølvannet av den andre verdenskrig, antas det for det første å sikte til situasjoner med masseflukt over grensene, hvor både sikkerhetsmessige og kostnadsmessige årsaker ville føre til et behov for forvaring av flyktningene.¹¹⁷ Tanken på statenes territorielle suverenitet stod spesielt sterkt etter krigen, med den følge at adgangen til ”nødvendige begrensninger” ble knyttet opp mot statenes rett til å holde i forvaring og undersøke hvilke grupperinger som hadde tatt seg ulovlig over grensene.

For det andre - og mer praktisk i våre dager - å gi myndighetene anledning til å sette asylsøkeren i forvaring inntil det har vært foretatt et første innledende avhør. Det var en forutsetning for vedtakelsen av bestemmelsen at denne forvaringen skulle være kortvarig.¹¹⁸ Straks avhøret vedrørende identitet og omstendighetene ellers var foretatt - noe som ikke burde strekke seg over mer enn noen få dager - skulle søkeren settes fri. I henhold til A.Grahl Madsen, skulle artikkel 31 andre ledd gir statene et ”pusterom” mens de avgjorde hvordan de best skulle takle risikoen ankomsten av asylsøkerne representerte”.¹¹⁹

5.5.1 UNHCR - Eksekutivkomiteens veiledning

FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR) er i medhold av flyktningkonvensjonen art.35 nr.1 gitt kompetanse til å rettlede medlemsstatene om fortolkning og anvendelse av flyktningkonvensjonen.

UNHCR har kommet med en rekke anbefalinger knyttet til tolkingsspørsmål vedrørende forståelsen av konvensjonens tekst. To viktige kilder er Conclusions on the International Protection of Refugees (Ex.Com), som blir godkjent av

¹¹⁵ Loc.cit.

¹¹⁶ Loc.cit

¹¹⁷ Ibid s.425.

¹¹⁸ Loc.cit

¹¹⁹ Ibid s. 419.

Eksekutivkomiteen , og Guidelines on International Protection (Guidelines), som utgis av Høykommissærens sekretariat.

Generelt kan det sies at anbefalingene fra UNHCR tillegges stor vekt og har betydelig gjennomslagskraft.^{120 121 122}

I 1986 kom UNHCRs Eksekutivkomite¹²³ gjennom Ex.Com 44 med veiledning til tolking av uttrykket ”nødvendig”.¹²⁴

Denne ikke-bindende veiledningen var et resultat av mange år med tautrekking mellom UNHCR og vestlige stater som hadde opplevde en kraftig økning i asylstilstrømning fra begynnelsen av 80-tallet, og som hadde reagert på denne tilstrømningen med økt bruk av forvaring.¹²⁵

Av veiledningen fremgår det at forvaring kun kan anses ”nødvendig” i hvor dette er hjemlet i lov og har til hensikt å ” fastslå identitet, for å ta standpunkt til innholdet i søknaden, i tilfeller hvor asylsøkeren har ødelagt eller brukt falske dokumenter, eller for å sikre nasjonal sikkerhet eller offentlig ro.”

Det reiste seg raskt kritikk mot denne veiledningen, da den ble ansett å være for vid, og dermed overlate for stor skjønnsmargin til den enkelte stat.¹²⁶

¹²⁰ I Ot.prp. nr. 73 (2005–2006) legger regjeringen til grunn at UNHCRs anbefalinger av tolkningen av konvensjonen skal ”veie tungt”.

¹²¹ I Regjeringens Soria Moria - erklæring fra 2006 ble det uttalt at anbefalingene skulle tillegges større vekt enn tidligere. Det ble i tillegg foreslått at UDI og UNE skulle rapportere om praksis i strid med UNHCR anbefalinger, ”føre en flyktningpolitikk som i større grad tar hensyn til anbefalingene fra FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR).”

¹²² I sak knyttet til klage fra asylsøker fra Afghanistan har for eksempel Stornemndas flertall uttalt at ”så lenge UNHCR har en så dominerende rolle som kilde for landinformasjon i Afghanistan, må deres anbefalinger normalt følges”. Sakstype: Asyl/OT-hum. Referanse: 4327852063.

¹²³ Høykommissærens Eksekutivkomite (ExCom) er opprettet som et særskilt styringsorgan, og består i dag av 85 medlemsland som møtes årlig. Oppgavene for ExCom er blant annet å rådggi UNHCR i forhold til arbeidet innenfor UNHCRs mandat og godkjenne UNHCRs hjelpeprogrammer. UNHCRs anbefalinger vil derfor stor grad være et uttrykk for eksekutivkomiteens syn. Om vekten av eksekutivkomiteens uttalelser fremgår det i NOU 2004: 20. kap.4.1, ”Mange av flyktningrettens rettskilder er ”soft law”-instrumenter. Viktigst i denne sammenheng er de årlige konklusjonene som vedtas av UNHCRs eksekutivkomité. Dette er resolusjoner som støttes av FNs generalforsamling etter godkjenning fra ECOSOC”.

¹²⁴ Executive Committee Conclusion No.44 (XXXVII) - 1986, *Detention of Refugees and Asylum-Seekers*.

¹²⁵ D.Wilsher, *Immigration Detention* s.153.

¹²⁶ Ibid s.155.

5.5.1.1 Reviderte retningslinjer

Til tross for veiledningen fortsatte bruken av forvaring av asylsøkere å øke. For å imøtegå denne utviklingen kom UNHCR i 1999 med en revidert utdyping av veiledningen til konvensjonsteksten.¹²⁷ Formålet bak revideringen var å innskrenke rekkevidden av formuleringene i Ex.Com 1986. Fra UNHCR var dette ansett å være minimumsstandard for akseptabel statspraksis.

De reviderte retningslinjene oppstiller som generelt prinsipp at frihetsberøvelse av asylsøkere bør unngås.¹²⁸ Det åpnes likevel for bruk av tvungen forvaring i unntaksvisse tilfeller, men det skal foreligge en presumsjon mot denne bruken.¹²⁹

Etter revideringen vil frihetsberøvelse av asylsøkere kun anses å være nødvendig når den anvendes i medhold av nasjonal lovgivning, for å fastslå identitet, - hvor det er ”uenighet” om identiteten,¹³⁰ for å ta standpunkt til innholdet i søknaden, - under det ”innledende” avhøret,¹³¹ hvor søkeren har ødelagt eller brukt falske dokumenter, - i den hensikt ”forsettelig” å skjule sin identitet¹³² og for å sikre nasjonal sikkerhet eller offentlig ro, - hvor det foreligger ”bevis” for at asylsøkeren har kriminelle intensjoner.¹³³

5.5.2 ”Nødvendig begrensninger” som ledd i en proporsjonalitetsvurdering.

Disse fire alternative grunnlag for frihetsberøvelse inngår som en del av en større proporsjonalitetsvurdering,¹³⁴ noe som innebærer at til tross for at frihetsberøvelsen skjer på bakgrunn av ett eller flere av grunnlagene, vil en slik frihetsberøvelse være vilkårlig om det finnes mindre inngripende alternativer.¹³⁵ ”In assessing whether

¹²⁷ UNHCR's Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers.

¹²⁸ Ibid. Guideline 2.

¹²⁹ Ibid. Guideline 3.

¹³⁰ Ibid. Guideline 3 (i).

¹³¹ Ibid Guideline 3(ii).

¹³² Ibid Guideline 3 (iii).

¹³³ Ibid Guideline 3 (iv).

¹³⁴ D.Wilsher, *op.cit* s.155

¹³⁵ Guideline 5 (i)- (v) oppstiller krav om prosessuelle rettigheter for den forvarte. Disse tilsvarer SP artikkel 9 andre og fjerde ledd, og EMK 5 andre og fjerde ledd, og vil behandles i tilknytning til disse.

detention of asylum-seekers is necessary, account should be taken of whether it is reasonable to do so and whether it is proportional to the objectives to be achieved.”¹³⁶

5.5.3 Rettslig tolkning av ”nødvendige begrensninger”

Det foreligger svært begrenset rettslig tolking av ”nødvendige begrensninger” i FK artikkel 31 andre ledd. I henhold til Wilsher¹³⁷ har kun New Zealandsk rett tolket bestemmelsen og oppstilt snevre rammer for når forvaring kan sies å være nødvendig. I flere saker fra New Zealand er det stilt krav om at nødvendig frihetsberøvelse kun foreligger når utlendingsorganet har behov for å holde utlendingen i forvaring for å utøve sin funksjon, det er fare for kriminelle handlinger, eller det er fare for at utlendingen rømmer.¹³⁸ Dette er kriterier som setter snevrere grenser enn de reviderte retningslinjene fra 1999. Disse avgjørelsene har imidlertid blitt satt til side av den New Zealandske ankedomstolen som har vist til at det er behov for en mer fleksibel oppfatning av hvilke begrensninger som er ”nødvendige”, og som samtidig varetar statenes skjønnsmargin.¹³⁹

5.6 Oppsummering flyktningkonvensjonen – forholdet til norsk rett

Utlendingsloven er på mange områder en kodifisering av FK, noe som innebærer at regelsettene i stor grad er overensstemmende.

Flyktningkonvensjonens vilkår om hjemmel i nasjonal lovgivning, krav om at forvaringen skal være nødvendig og proporsjonal, og krav om prosessuelle rettigheter er alle nedfelt i den norske lovgivningen.

¹³⁶ Ibid. Guideline 3

¹³⁷ D.Wilsher, *op. cit.* s.187, note 84.

¹³⁸ *Zaoui v. Attorney- General, Dec. SC CIV.13/2004.*

¹³⁹ Til tross for at New Zealandsk rettspraksis er å anse som en subsidiær rettskilde ved tolkningen av flyktningkonvensjonen, jf. ICJ artikkel 38 bokstav d, gir ankedomstolen uttrykk for en ”statsvennlig” holdning med vektlegging av territorialprinsippet, - en holdning som oppgaven vil vise også gjenfinnes i EMD.

Med hensyn til hvem som skal anses ha ”lovlig opphold” på territoriet, utstedes det ikke etter norsk rett visum hvor hensikten med visumet er å ankomme Norge og søke asyl. Imidlertid følger det av utlendl. § 9 første ledd andre punktum at asylsøkere som har tatt seg frem til grensen likevel har rett til innreise uten visum. Dette skyldes i første rekke FK artikkel 33 og forbudet mot non-refoulement, som innebærer et forbud mot hjemsendelse hvor den enkeltes liv og frihet er i fare.¹⁴⁰

Norge er med dette på linje med UNHCR og HCR, og anser asylsøkere å ha ”lovlig opphold” under søknadsperioden dersom asylsøkeren følger formelle prosedyrer ved innlevering av søknaden. For norsk retts del innebærer da bestemmelsen i utlendl. §9 første ledd andre punktum at asylsøkere kan bevege seg fritt i Norge og bosette seg der de måtte ønske mens deres asylsøknad blir behandlet, - i tråd med FK artikkel 26.

Til tross for at Norge må sies å ha forholdt seg lojal til konvensjonens tekst og de senere anbefalinger og retningslinjer fra UNHCR, kan det på enkelte områder likevel stilles spørsmål ved om de norske regler som hjemler frihetsberøvelse av asylsøkere er overens med våre forpliktelser etter FK.

5.6.1 Samarbeidsplikt for å lette forvaltningens arbeid ?

Utlendl.§ 106 første ledd litra a hjemler i forbindelse med lovendringen av 1.3.2012, frihetsberøvelse hvor utlendingen ikke ”samarbeider” om å klarlegge sin identitet, med henvisning til utlendl.§ 83, jf. § 93 fjerde ledd.

Det åpnes der for fengsling av asylsøkeren slik at disse er tilgjengelige som et ledd i sin ”plikt til å medvirke” til at saken blir opplyst. Til tross for at formålet er å avklare identitet, vil fengslingen være et ledd i et ønske om raskere og mer effektiv saksbehandling.¹⁴¹ Et slikt underliggende formål vil kunne være i strid med FK artikkel 31 andre ledd i henhold til de reviderte retningslinjene fra UNHCR. Retningslinjene hjemler fengsling for å avklare identitet i tilfeller hvor det er uenighet om identiteten, og bare under det innledende avhøret. De reviderte retningslinjene åpner derimot ikke for

¹⁴⁰“Ingen kontraherende stat må på noen som helst måte utvise eller avvise en flyktning over grensen til områder hvor hans liv eller frihet ville være truet på grunn av hans rase, religion, nasjonalitet, politiske oppfatning eller det forhold at han tilhører en spesiell sosial gruppe.” FK artikkel 33 første ledd.

¹⁴¹ ”...å effektivisere myndighetenes arbeid med å gjennomføre avslagsvedtak.” Prop. 138 L (2010-2011) s.5.

fengsling i den hensikt å sikre en mer effektiv saksbehandling. En slik forståelse legges også til grunn av Atle Grahl-Madsen i hans fortolkning av konvensjonen på bakgrunn av dens forarbeider.

”It is not sufficient that detention is convenient for the police or immigration authorities. Under the terms of Article 31 (2) the authorities have to accept inconvenience, as long as it does not prevent them from carrying out their task.”¹⁴²

Den norske lovendringen av 1.3.12 kan derfor komme i konflikt med FK 31 andre ledd hvor asylsøkerens personlige frihet skal ha fortrinn foran ønsket om rask og effektiv saksbehandling.

5.6.2 Frihetsberøvelse før endelig vedtak

Det kan også stilles spørsmål ved om frihetsberøvelse i henhold utlendl.§ 106 første ledd bokstav b, jf. utlendl.§ 99 andre ledd er i samsvar med FK artikkel 26. Utlendl.§ 99 andre ledd hjemler bruken av tvangsmidler for å iverksette et vedtak før vedtaket er ferdig behandlet. Utlendl. § 99 andre ledd innebærer derfor fengsling av asylsøkere med lovlig opphold på grunnlag av en presumsjon om et kommende avslag, med den følge at asylsøkeren kan fengsles for å sikre uttransportering. Dette vil kunne stå i et konfliktfylt forhold til FK artikkel 26 hvor asylsøkeren skal ha bevegelsesfrihet på linje med andre utlendinger inntil et avslag foreligger og vedkommende ikke lenger anses å være asylsøker. Da politiet som tar beslutningen om frihetsberøvelsen sjelden har kompetanse til å vurdere innholdet i en asylsøknad, vil en slik praksis kunne være betenkelig.

¹⁴² Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the refugee convention 1951 articles 2-11, 13-37*. Published by the Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees 1997 s. 106.

6 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter ble vedtatt av FN i 1966, ratifisert av Norge i 1972 og trådte i kraft i 1976. Konvensjonen er universell og er i dag ratifisert av 167 land.

Konvensjonen håndheves av FNs Menneskerettighetskomitè (HRC).¹⁴³ Komiteen behandler rapporter fra de stater som har ratifisert konvensjonen, og tar stilling til klager fra stater og enkeltindivider.^{144 145}

6.1 Retten til frihet og personlig sikkerhet

SP artikkel 9 første ledd lyder :

”Enhver har rett til frihet og personlig sikkerhet. Ingen må utsettes for vilkårlig arrest eller annen vilkårlig frihetsberøvelse. Ingen må berøves friheten uten av slike grunner og i overensstemmelse med slik fremgangsmåte som er fastsatt i lov.”¹⁴⁶

Rettighetssubjekt etter bestemmelsen er ”enhver”. I motsetning til FK som verner en positivt avgrenset gruppe individer, verner SP alle individer uavhengig av deres status.¹⁴⁷

Bestemmelsen suppleres av andre og fjerde ledd, som oppstiller prosessuelle rettigheter i form av krav om underrettelse om grunnene til frihetsberøvelsen, og til å bringe saken inn for en domstol for at denne kan ta stilling til lovligheten av frihetsberøvelsen.¹⁴⁸

¹⁴³ SP artikkel 28.

¹⁴⁴ SP TP1 artikkel 5 nr.4.

¹⁴⁵ Komiteens synspunkter er ikke rettslig bindende men har likevel ”betydelig vekt” som rettskilde, jf. *Rt.2008 s.1764*. Avsnitt 81.

¹⁴⁶ I henhold til SP artikkel 4 første ledd kan det derogeres fra artikkel 9. Vilåret er at det foreligger en ”offentlig kunngjort nødssituasjon som truer nasjonens liv”, og at dette ikke gjøres i større grad enn ”strengt nødvendig”. Av andre ledd er det listet bestemmelser det ikke kan derogeres fra. Av tredje ledd følger det at slik derogering skal varsles de øvrige konvensjonsparter.

¹⁴⁷ ”Human Rights Committee, General Comment No. 31 on ‘Article 2: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant’, 21.April 2004.

¹⁴⁸ Bestemmelsene tilsvarer EMK art 5 andre og fjerde ledd, og vil bli behandlet i forbindelse med disse.

6.2 "Fastsatt i lov" - Legalitet

Uttrykket "fastsatt i lov"¹⁴⁹ referer i første rekke til nasjonal lovgivning. Det er et krav til den nasjonale lovgivning at den er i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.

Lovkravet dekker både de materielle og prosessuelle sider ved saken.

Det stilles videre et kvalitetskrav til den hjemlige lovgivning. Den må være tilstrekkelig klar, tilgjengelig og presis, slik at den enkelte som berøves sin frihet har mulighet til å forutse sin rettsstilling.¹⁵⁰ Et slikt klarhetskrav til lovgivningen er viktig med tanke på at gruppen den gjelder er mennesker med liten kunnskap om ankomstlandets rettsregler.¹⁵¹

Bestemmelsen inneholder ingen liste over konkrete grunnlag som hjemler frihetsberøvelse. I stedet er det inntatt to generelle og alternative grunnlag som forbyr den vilkårlige og uhjemlede frihetsberøvelse, jf. andre og tredje punktum. Forbudet mot frihetsberøvelse uten hjemmel i lov er således blitt komplettert med en bestemmelse om forbud mot den "vilkårlige" frihetsberøvelse. Formålet med å oppstille et krav om at frihetsberøvelsen ikke må være vilkårlig, er at dette kravet skal virke som en rettssikkerhetsgaranti mot urettferdig nasjonal lovgivning.¹⁵² For å unngå en krenkelse av SP artikkel 9 første ledd må følgelig frihetsberøvelsen være forankret i nasjonal lovgivning, og ikke være vilkårlig.

¹⁴⁹ "Fastsatt i lov" har samme innhold og betydning som "foreskrevet ved lov" jf. EMK artikkel 5 første ledd. For å unngå dobbeltbehandling behandles uttrykket under SP, med bruk av praksis fra EMD.

¹⁵⁰ "...were neither precise nor foreseeable in their application and fell short of the "quality of law..." *Nasrulloev v Russia* 2007 10 11

¹⁵¹ "Quality in this sense implies that where a national law authorizes deprivation of liberty - especially in respect of a foreign asylum-seeker - it must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness." *EMD Amuur v France* 1996 06 25. Avsnitt 50.

¹⁵² G.Cornelisse *Immigration Detention and Human Rights* s.252

6.3 "Vilkårlig frihetsberøvelse"

I henhold til juridisk teori, kan det av forarbeidene til SP artikkel 9 utledes at "vilkårlig frihetsberøvelse" er ment å omfatte urettferdig, uforutsigbar, urimelig, lunefull og uproporsjonal frihetsberøvelse.¹⁵³

Denne forståelsen ble lagt til grunn i saken *Van Alphen mot Nederland*, hvor HRC slo fast at "Arbitrariness is not to be equated with against the law, but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice, lack of predictability, and due process of law".¹⁵⁴

6.3.1 Proporsjonalitet som målestokk for vilkårlighet¹⁵⁵

V.R.M.B mot Canada var det første tilfellet hvor HRC anvendte disse elementene i en sak som omhandlet forvaring av en tidligere asylsøker.¹⁵⁶ Den tidligere asylsøkeren var tatt i forvaring over en periode på to måneder i påvente av uttransportering. Komiteen kom til at dette ikke var et brudd på SP artikkel 9 da asylsøkeren utgjorde en trussel mot den offentlige ro og orden og det var fare for rømmning. Det ble her foretatt en proporsjonalitetsvurdering hvor inngrepets styrke ble avveid mot de offentlige interesser.

Saken ble fulgt opp og proporsjonalitetsvurderingen befestet i saken *A. mot Australia*, "Whether a deprivation of liberty is considered to be reasonable and necessary will also depend on the proportionality of the measure with its intended objective."¹⁵⁷ HRC slår videre fast at frihetsberøvelse av asylsøkere bare kan rettferdiggjøres dersom dette er nødvendig vedrørende "alle omstendighetene i saken".¹⁵⁸

¹⁵³ ... injustice, unpredictability, unreasonableness, capriciousness, and unproportionality." M.J. Bossuyt, Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights 1987, s. 172. I D. Wilsher, op.cit., s. 171, note 196.

¹⁵⁴ *Van Alphen v. Netherlands* No. 305/1988.

¹⁵⁵ G. Cornelisse op.cit. s. 253.

¹⁵⁶ *V.R.M.B v Canada* no 236/87.

¹⁵⁷ *A. v Australia* no. 560/1993.

¹⁵⁸ "...necessary in all the circumstances of the case, for example to prevent flight or interference with evidence." *A. v Australia* no. 560/1993.

I likhet med UNHCRs retningslinjer til tolkningen av FK, ses ”nødvendighet” som et element i en større proporsjonalitetsvurdering. I motsetning til UNHCRs veiledning til FK oppstilles det imidlertid ikke en uttømmende liste som definerer hva som kvalifiserer som ”nødvendig”, men knesetter et generelt prinsipp om proporsjonalitet som skal utøves i det konkrete tilfelle. Mangel på status som flyktning er ikke alene tilstrekkelig til å utøve tvungen forvaring av asylsøkere, og bruk av forvaring må derfor søkes på andre grunnlag.

6.3.1.1 Forvaringens varighet

I vurderingen av om forvaringen er nødvendig og proporsjonal, vil forvaringens varighet spille en sentral rolle. I likhet med flyktningkonvensjonen som aksepterer en kort innledende forvaring for å bringe identitet på det rene, reiser ikke HRC kritikk mot en slik innledende forvaring. Dersom forvaringen imidlertid varer lenger enn det som kan rettferdiggjøres i den konkrete sak, foreligger det vilkårlig forvaring.¹⁵⁹ I *Bakhtiyari mot Australia* hvor frihetsberøvelsen hadde vart i over to år, ble forvaringen ansett å være vilkårlig da myndighetene ikke hadde godtgjort at mindre inngripende virkemidler ikke ville oppnådd samme resultater.¹⁶⁰

6.3.1.2 Forvaringens formål må være realistisk å gjennomføre

I vurderingen av om det skal benyttes frihetsberøvelse av asylsøkeren, må det vurderes om det er realistisk å få sendt asylsøkeren tilbake til sitt hjemland. Om forvaringen opprettholdes til tross for at det ikke er realistisk å få sendt vedkommende hjem, vil forvaringen være unødvendig og vilkårlig. I *Baban mot Australia* ble forvaringen karakterisert som overdreven da Australia på dette tidspunktet ikke gjennomførte returer. Da forvaringens formål var å sikre at Baban ikke rømte i påvente av retur – en

¹⁵⁹ „...in order to avoid a characterization of arbitrariness, detention should not continue beyond the period for which the State party can provide appropriate justification. *C mot Australia no. 900/1999*

¹⁶⁰ ”It has not demonstrated that other less intrusive measures could not have achieved same ends of compliance”. *Bakhtiyari v. Australia Communication No 1069/200229 October 2003* Avsnitt 9.2.

retur som ikke ville bli gjennomført i overskuelig fremtid - ville en slik forvaring være uten formål, og da være vilkårlig.¹⁶¹

6.3.2 Individuell vurdering.

Det som generelt er gjennomgående i kritikken fra HRC er ikke selve bruken av forvaring, men at bruken er obligatorisk. Obligatorisk forvaring innebærer at den inntreer automatisk og rammer alle asylsøkere, med den følge at den enkelte asylsøker ikke vil få prøvet sin sak på individuelt grunnlag.

Saken *Saeed Shams mot Australia* er en god illustrasjon på dette.¹⁶² Saeed Shams kom fra Iran til Australia som båtflyktning i 2001. Da Australia anser slike asylsøkere ikke å ha "lovlig opphold"¹⁶³, ble han satt i obligatorisk forvaring.¹⁶⁴ HRC uttalte:

While the State party has advanced general reasons to justify the authors' detention... the Committee observes that the State party has not advanced grounds particular to the authors' cases which would justify their continued detention for such prolonged periods.¹⁶⁵

En felles behandling av alle asylsøkere vil umuliggjøre en proporsjonalitetsvurdering da nødvendigheten av forvaringen ikke blir vurdert på grunnlag av forhold knyttet til den enkelte asylsøker.

Interessant nok tar ikke HRC fullstendig avstand fra obligatorisk forvaring for å sikre en rask saksbehandling, men forutsetter at denne forvaringen skal være svært kortvarig.¹⁶⁶

Dette er interessant fordi rask saksbehandling ikke er en av de fire grunnlag som hjemler "nødvendig" bruk av frihetsberøvelse i henhold til UNHCRs retningslinjer for tolkningen av FK 31 andre ledd.¹⁶⁷

¹⁶¹ *Omar Sharif Baban v. Australia*, CCPR/C/78/D/1014/2001, UN Human Rights Committee (HRC), 18. September 2003. Avsnitt 7.2

¹⁶² *Shams & Ors v Australia*, HRC, UN Doc CCPR/C/90/D/1255

¹⁶³ Jf. drøftelsen av dette uttrykket under punkt 6.3.1.

¹⁶⁴ Denne forvaringen varte i nærmere fem år før han mottok en midlertidig oppholdstillatelse.

¹⁶⁵ Ibid. Avsnitt 7.2.

¹⁶⁶ *C mot Australia no. 900/1999*. Avsnitt 8.2.

¹⁶⁷ Se punkt 5.5.1.1.

6.4 FNs arbeidsgruppe for vilkårlig fengsling - retningslinjer

FNs arbeidsgruppe for vilkårlig fengsling (WGAD)¹⁶⁸ kom i 1999, - og senere i 2010 - med retningslinjer for bruken av administrativ frihetsberøvelse. Det blir anerkjent at bruken av tvungen forvaring er lovlig, men at den på lengre sikt bør avskaffes.

Retningslinjene fastslår at proporsjonalitetsprinsippet dikterer at forvaring av asylsøkere bør være siste utvei hvor det er nødvendig å klarlegge identitet i en irregulær situasjon hvor det er fare for rømning, og for å legge til rette for uttransportering i tilfeller hvor utlendingen har fått varsel men ikke har rettet seg etter dette.¹⁶⁹ Forvaringen skal ha hjemmel i nasjonal lovgivning, være gjenstand for prøving og være tidsbegrenset.¹⁷⁰

6.5 Oppsummering SP – forholdet til norsk rett

I motsetning til FK som hjemler frihetsberøvelse av utlendinger på bakgrunn av deres status som asylsøkere¹⁷¹, er SPs utgangspunkt at ”enhver” har rett til sin personlige frihet uavhengig av status. HRCs avgjørelser i individklagesaker¹⁷² har likevel vist at frihetsberøvelse av asylsøkere aksepteres som et ledd i den interne grensekontroll og som et ledd i behovet for rask og effektiv saksbehandling.

For å sikre at frihetsberøvelsen ikke er vilkårlig oppstiller SP krav om hjemmel i nasjonal lovgivning og prosessuelle rettigheter. Videre har HRC gjennom sine avgjørelser innfortolket vilkår om proporsjonalitet, hvor frihetsberøvelsen må være nødvendig, forholdsmessig og tidsbegrenset. Arbeidsgruppen for vilkårlig frihetsberøvelse har formulert de samme vilkår i sine retningslinjer for tolkningen av SP

¹⁶⁸ UN Working Group on Arbitrary Detention (WGAD) er gitt sitt mandat av FNs Menneskerettighetsråd, og består av fem uavhengige eksperter som foretar undersøkelser hvor det kan ha foregått vilkårlig fengsling i strid med standardene i Menneskerettserklæringen og menneskerettskonvensjonene som vedkommende land har akseptert. WGADs mandat omfatter dessuten administrativ forvaring av asylsøkere og immigranter. For tiden er Norge representert i WGAD gjennom professor Mads Andenæs. WGADs retningslinjer og landrapporter er hyppig benyttet som rettskilde av EMD og ICJ, og har i henhold til professor Andenæs ”stor rettskildevekt” (svar på spørsmål stilt i forbindelse med denne oppgaven).

¹⁶⁹ Ibid. Avsnitt 59

¹⁷⁰ Ibid. Avsnitt 62.

¹⁷¹ Jf FK artikkel 31 andre ledd.

¹⁷² HRCs avgjørelser mangler formell rettskraft.

og presisert at frihetsberøvelse kun skal benyttes som et ledd i identitetsavklaring og i forbindelse med uttransportering. I likhet med UNHCR, anser HRC asylsøkere å ha ”lovlig opphold ” på territoriet under søknadsbehandlingen, noe som innebærer at disse ikke skal underlegges bevegelsesrestriksjoner .¹⁷³

Det norske regelverket - hvor frihetsberøvelse hjemles ved identifisering og uttransportering, videre inneholder vilkår om proporsjonalitet, rettslig prøvelse, prosessuelle rettigheter og lengste forvaringstid - må med bakgrunn i det drøftede materiale sies å være i samsvar med konvensjonens bestemmelser og HRCs og WGADs tolkning av denne.

7 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon ble vedtatt 4. november 1950, ratifisert av Norge 15. januar 1952, og trådte i kraft 3. september 1953.

Konvensjonen med sete i Strasbourg håndheves av den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD),¹⁷⁴ som behandler stats - og individklager med bindende virkning for Norge.^{175 176}

7.1 Subjekter og myndighetsområde

Artikkel 1 :

¹⁷³ Jf. SP artikkel 12 og FK artikkel 26.

¹⁷⁴ EMK artikkel 19.

¹⁷⁵ Frem til 1.november 1998 ble konvensjonens bestemmelser også tolket av Den europeiske menneskerettskomisjon (Kommisjonen).

¹⁷⁶ EMK artikler 33,34.

De høye Kontraherende Parter skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjon.

Alle mennesker, uavhengig av statsborgerskap, kjønn, religion eller etnisk opprinnelse er dekket av ordlyden ”enhver”. I motsetning til FK som verner en positivt avgrenset gruppe individer, verner EMK i likhet med SP alle individer uavhengig av deres status. En begrensning ligger likevel i ordlyden ”myndighetsområde”. Norske myndigheter er kun ansvarlige for handlinger som faller inn under dens jurisdiksjon. Dette omfatter lovgivning, dømmende virksomhet og forvaltning (vedtak og faktiske handlinger).¹⁷⁷

7.2 Rett til personlig frihet - vern mot vilkårlige frihetsberøvelse

EMK artikkel 5 første ledd lyder :

Enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet. Ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i følgende tilfelle og i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov.^{178 179}

Formålet bak bestemmelsen er i likhet med sin ”søsterbestemmelse” SP artikkel 9, å oppstille et vern mot den vilkårlige frihetsberøvelse,¹⁸⁰ og er derfor intet unntaksløst vern om den personlige frihet og sikkerhet. I motsetning til SP artikkel 9 som oppstiller et generelt utformet kriterium hvor frihetsberøvelsen ikke skal være vilkårlig, lister EMK artikkel 5 første ledd bokstav a-f opp hvilke grunnlag som utgjør unntak fra hovedregelen i første ledd første punktum.

¹⁷⁷ *Gyldendal Rettsdata*, EMK artikkel 1, note 4.

¹⁷⁸ ”foreskrevet ved lov” har samme innhold og betydning som ”fastsatt i lov” jf SP art 9.

¹⁷⁹ Vernet mot den vilkårlige frihetsberøvelse er supplert med prosessuelle rettigheter i § 5 andre ledd og fjerde ledd. Disse vil bli behandlet etter den materielle drøftelsen.

¹⁸⁰ *Bozano v. France*, judgment of 18 December 1986. Avsnitt 54.

Listen er uttømmende, og skal underlegges en snever fortolkning.¹⁸¹ Frihetsberøvelse på andre grunnlag enn de listet opp i bokstav a-f, vil ikke være hjemlet i lov og medføre et brudd på artikkel 5.^{182 183}

7.3 Frihetsberøvelse - EMK artikkel 5 første ledd bokstav f ¹⁸⁴

Det relevante unntaket fra første ledd som hjemler frihetsberøvelse av asylsøkere er artikkel 5 første ledd bokstav f, som lyder:

lovlig pågrepelse eller frihetsberøvelse av en person for å hindre at han kommer inn i landet uten tillatelse, eller av en person som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse eller utlevering.

Bestemmelsen regulerer to situasjoner, ankomst uten forutgående myndighetstillatelse, og uttransportering i form av utsendelse eller utlevering.

7.4 EMD - "vilkårlig frihetsberøvelse"

I den følgende drøftelse vil det gis en redegjørelse av hvordan EMD fastlegger innholdet i "vilkårlig frihetsberøvelse" når den tar stilling til om pågripelsen eller fengslingen var "lovlig" jf. EMK artikkel 5 første ledd bokstav f.

¹⁸¹ "... is an exhaustive one and only a narrow interpretation of those exceptions is consistent with the aim and purpose of that provision (art. 5-1), namely to ensure that no one is arbitrarily deprived of his or her liberty... *Quinn v France* 1995 03 22. Avsnitt 42.

¹⁸² "... , no deprivation of liberty will be lawful unless it falls within one of the grounds set out in sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5". *Witold Litwa v Poland* 2000 04 04

¹⁸³ EMK artikkel 18: De innskrenkninger som denne konvensjon tillater i de nevnte rettigheter og friheter, skal ikke bli brukt til noe annet formål enn de er bestemt for.

¹⁸⁴ EMK artikkel 5 første ledd bokstav b hjemler frihetsberøvelse av utlendinger generelt, med bakgrunn i manglende oppfyllelse av en lovpålagt plikt. Bestemmelsen vil ikke bli behandlet da oppgaven omhandler frihetsberøvelse på grunnlag av status som nåværende eller tidligere asylsøker.

7.4.1 Krav til aktivitet fra myndighetenes - due diligence

Tas EMK artikkel 5 første ledd bokstav f på ordet, oppstilles det ikke andre vilkår for frihetsberøvelse enn at det foretas lovlige handlinger i form av ”å hindre”, eller ”treffes tiltak”. Med andre ord må en prosess være igangsatt.

I *Lynas mot Sveits* - som omhandlet forvaring i forbindelse med uttransportering - ble det fra Kommisjonens side lagt til grunn at det ikke var tilstrekkelig at det var satt i gang en prosess.¹⁸⁵ Det ble et oppstilt vilkår om at prosessen fra myndighetenes side måtte utføres med en viss flid og progresjon ”requisite diligence”. Hensikten med et slikt krav fra Kommisjonens side var å forhindre situasjoner hvor det blir fattet utvisningsvedtak som senere ikke blir fulgt opp, med det resultat at den forvarte blir sittende i forvaring på ubestemt tid.¹⁸⁶ Da retur av asylsøkere i mange tilfeller er avhengig av hjemlandets velvilje, vil en slik prosess med politisk tautrekking kunne medføre svært langvarige forvaringer.¹⁸⁷

Kritikken som blir reist mot denne testen er at den er svært skjønnsmessig. Det er vanskelig å fastslå om myndighetene opptrer med den nødvendige effektivitet for å sikre uttransporteringen, noe som medfører at den forvarte risikerer å bli sittende lenger enn nødvendig.

Hva som ligger i kravet om tilstrekkelig effektivitet fra myndighetenes side kan ikke defineres presist, men avhenger av sakens kompleksitet, velvilligheten fra mottakerlandet, og den forvartes egen samarbeidsvillighet.

Fordi due diligence - testen grunnet dens skjønnsmessige natur kan medføre langvarig frihetsberøvelse og stor rettslig usikkerhet har EMD i *Raza mot Bulgaria* valgt å høyne kravet til aktivitet fra myndighetene, og krever nå energisk, ”vigorously” aktivitet.¹⁸⁸ Lange perioder med inaktivitet fra myndighetene vil derfor være et brudd på

¹⁸⁵ *Lynas v. Switzerland* Application nr 7317/75

¹⁸⁶ D. Wilsher, *op. cit.* s.159.

¹⁸⁷ I sakene *Chahal mot Storbritannia* og *Singh mot Tsjekkoslovakia*, ble eksempelvis de forvarte sittende i forvaring i henholdsvis seks år, og to år og åtte måneder grunnet sakenes kompleksitet.

¹⁸⁸ *Raza v. Bulgaria* Judgement of 11 feb.2010 .Avsnitt 73.

bestemmelsen, til tross for at det formelt pågår myndighetshandlinger for å bringe den forvarte tilbake til eget hjemland.

I en relativt ny dom, *Mikolenko mot Estland* har EMD valgt å innta et mer pragmatisk syn på due diligence - testen.¹⁸⁹ Etter å ha konstatert at det må være igangsatt en effektiv prosess med det formål å frakte den tidligere asylsøker ut av landet,¹⁹⁰ konstaterer EMD at det i tillegg må være en "realistisk mulighet" for at dette vil kunne skje.¹⁹¹ Diplomatiske forhandlinger er ikke lenger tilstrekkelig til å rettferdiggjøre bruken av forvaring dersom det ikke kan anses realistisk at disse forhandlingene vil føre frem. I denne saken hadde Mikolenko sittet i forvaring i nærmere fire år, og det var ingen tegn på en snarlig løsning mellom de estiske og russiske myndigheter.¹⁹²

7.4.2 Fordeling av skyld

Fordi en langtrukken forvaring ofte er en kombinasjon av sendrektighet fra myndighetenes side og trenering fra den forvartes side, har Kommisjonen - og senere EMD, - i nær tilknytning til due diligence – testen, derfor operert med et skyldfordelingskriterium når den avgjør om forvaringen er vilkårlig.

Dette ble først benyttet av Kommisjonen i saken *X mot Storbritannia*, hvor den la vekt på hvilken av partene som var å klandre for at forvaringen trakk ut.¹⁹³ Da den forvarte ofte vil ta i bruk alle prosessuelle virkemidler for å forhindre utsendelse, vil det være nærliggende å tildele ham mye av skylden slik at resultatet blir langvarige forvaringer som likevel ikke stemples som vilkårlige. Et illustrerende eksempel er *Kolompar mot Belgia* hvor forvaringen pågikk i to år og åtte måneder.¹⁹⁴ Her ble myndighetene "fritatt" for skyld da saksbehandlingen hadde vært rask og den langvarige forvaringen skyldtes den forvartes gjentatte bestrebelser på å få utsatt utleveringen.

¹⁸⁹ EMD inntar her samme syn som HRC, se pkt 6.3.1.2

¹⁹⁰ *Mikolenko v. Estonia* 2009 10 08. Avsnitt 59.

¹⁹¹ Ibid. Avsnitt 68.

¹⁹² Ibid Avsnitt 64.

¹⁹³ *X v. United Kingdom*. Application 8081/77.

¹⁹⁴ *Kolompar v Belgium* 1992 09 24

I likhet med prøvingen av "due diligence", er fordeling av skyld preget av vurderinger av skjønnsmessig karakter. Hvem som har skylden for at forvaringen trekker ut og eventuelt hvor stor andel av skylden hver av partene har, er svært vanskelige vurderingstemaer. Dette vil kunne innebære at den rettslige forutsigbarheten kan bli redusert for den forvarte. En langvarig forvaring vil kunne utvikle seg til en "battle of wills", hvor forvaring blir brukt som "straff" dersom den forvarte benytter de prosessuelle rettigheter det enkelte land stiller til rådighet. Satt på spissen blir spørsmålet hvor langvarig forvaring den forvarte orker å holde ut mens saken går sin gang i rettssystemet, før vedkommende til slutt gir opp.¹⁹⁵

I *Mikolenko mot Estland* har EMD tatt ett skritt tilbake ved å redusere betydningen av skyld hos partene. Mikolenko som var utvist til Russland fra Estland var uvillig til å bidra til gjennomføringen av utvisningen, noe som innebar at den trakk i langdrag. Til tross for at Mikolenko var betydelig å bebreide for den langsomme prosessen, ble forvaringen ansett å være vilkårlig. Det blir i denne dommen lagt mindre vekt enn tidligere på hvem som er å bebreide for at forvaringen trekker ut, og mer vekt på en helhetsvurdering hvor den totale lengden av forvaringen spiller en større rolle.¹⁹⁶ Forvaring på ubegrenset tid grunnet skyld hos den forvarte er ikke lenger akseptabel myndighetspraksis. Avgjørelsen var omstridd, da dette innebar at den forvarte kunne oppnå fordeler gjennom ikke å samarbeide med myndighetene. Dersom asylsøkeren klarer å trenere saken lenge nok, vil han til slutt måtte slippes fri.^{197 198}

Med en innfortolkning av krav om "due diligence" og oppstilling av et "skyldkriterium", har EMD foretatt en utvidende fortolkning av ordlyden i § 5 første ledd bokstav f, som i utgangspunktet kun stiller krav om en igangsatt prosess for at fengslingen ikke skal karakteriseres som vilkårlig. Det foreligger i dag derfor en viss usikkerhet rundt innholdet av bestemmelsen, til tross for *Mikolenko mot Estland* hvor

¹⁹⁵ D. Wilsher, *op.cit.*, s.161.

¹⁹⁶ Mikolenko v. Estonia 2009 10 08. Avsnitt 65.

¹⁹⁷ D. Wilsher, *op.cit.*, s. 167.

¹⁹⁸ For stater som har gjennomført Europaparlaments-og rådsdirektiv 2008/115/EF (Returdirektivet), oppstiller artikkel 15. maksimum forvaringstid på 18 måneder.

EMD anla et mer pragmatisk syn på kravet til due diligence, og samtidig reduserte betydningen av skyld hos partene.¹⁹⁹

7.4.3 Krav om nødvendig og proporsjonal forvaring ?

Da krav om nødvendighet og proporsjonalitet er bærende elementer i de øvrige konvensjoner som beskytter asylsøkere mot vilkårlig forvaring, er spørsmålet om EMD legger en tilsvarende forståelse til grunn ?

Rettspraksis har vist at den ikke gjør dette fullt ut .EMD har gjennom sentrale avgjørelser lagt til grunn at frihetsberøvelse som er unødvendig og/eller uproporsjonal, likevel ikke er vilkårlig.

7.4.3.1 Frihetsberøvelsen behøver ikke å være nødvendig

I *Caprino mot Storbritannia* fastslo Kommisjonen at forvaringen ikke behøvde å være nødvendig for å sikre deportasjonen så lenge det var en tilstrekkelig sammenheng ”adequate relationship” mellom disse.²⁰⁰ Videre tok Kommisjonen avstand fra at det var nødvendig å vise til noen spesiell grunn for å holde vedkommende i forvaring, utover selve deportasjonen.

EMD fulgte opp Kommisjonens syn i saken *Chahal mot Storbritannia*.²⁰¹ Saken gjaldt forvaring i forbindelse med utsendelse, regulert i bokstav f, første alternativ.

Chahal som var en indisk statsborger og hadde bodd i England siden 1970, ble i 1990 bestemt utvist da han ble ansett å være en sikkerhetsrisiko med bakgrunn i påstander om terrorplanlegging. Chahal ble satt i forvaring under påvente av uttransportering, noe han påklagde som et brudd på EMK artikkel 5 første ledd.²⁰²

Under behandlingen av hans klage uttalte EMD at artikkel 5 første ledd bokstav f:

¹⁹⁹ D.Wilsher, *op.cit.*, s.159.

²⁰⁰ Caprino v.United Kingdom. Application no. 6871/75.

²⁰¹ Chahal v the United Kingdom 1996 11 15.

²⁰² Etter seks år i forvaring ble Chahal satt fri på grunnlag av EMK artikkel 3, da hans liv ville vært i fare ved eventuell hjemsendelse, og ingen retur var påregnelig i uoverskuelig fremtid.

... does not demand that the detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation be reasonably considered necessary, for example to prevent his committing an offence or fleeing. Indeed, all that is required under this provision (art. 5-1-f) is that action is being taken with a view to deportation.^{203 204}

Det oppstilles med andre ord ikke krav om at det må foreligge andre grunner som gjør bruken av forvaring nødvendig. Uttransportering er i seg selv tilstrekkelig, - så sant myndighetene utfører denne med den nødvendige effektivitet.²⁰⁵

7.4.3.2 Frihetsberøvelsen behøver ikke å være proporsjonal

I *Saadi mot Storbritannia* behandlet EMD i storkammer²⁰⁶ for første gang en sak vedrørende frihetsberøvelse av asylsøker ved innreise.²⁰⁷

Saadi var en flyktning fra Kurdistan i de nordlige deler av Irak som søkte asyl straks han ankom Heathrow flyplass i Storbritannia. Etter å ha blitt gitt midlertidig tillatelse til å ta seg inn i landet og blitt innkvartert på et hotell, ble han etter hvert fengslet i den hensikt å sørge for en rask og effektiv behandling av søknaden.²⁰⁸ Saadi påklagde denne fengslingen og hevdet det forelå et brudd på EMK art 5 første ledd.

I dommen viser EMD innledningsvis til EMK artikkel 5 første ledd bokstavene b, d, og e som EMD i tidligere saker har innfortolket å inneholde et vilkår om at frihetsberøvelse er en siste utvei som bare skal benyttes hvor andre mindre inngripende tiltak anses utilstrekkelige.²⁰⁹ EMD viser deretter til det proporsjonalitetsprinsipp som

²⁰³ Ibid. Avsnitt 112

²⁰⁴ Rettssetningen har blitt opprettholdt i en rekke senere dommer, for eksempel *Mikolenko mot Estland*, 8. oktober 2009 (nr. 10664/05), Avsnitt 59.

²⁰⁵ Denne rettssetningen har blitt opprettholdt i en rekke senere dommer, for eksempel *Conka v Belgium* 2002 02 05 (Application no. 51564/99), og *Quinn v France* 1995 03 22.

²⁰⁶ Storkammeret består av 17 dommere og behandler prinsipielle klagesaker hvor en parts begjæring om dette har blitt tatt til følge, jf §§ 30, 31, og 43.

²⁰⁷ *Saadi v. The United Kingdom* 2008 01 29

²⁰⁸ Ibid. Avsnitt 76.

²⁰⁹ Ibid. Avsnitt 70

er nedfelt i konvensjonens artikler 8-11, hvor det offentliges interesser må veies opp mot den enkeltes rett til personlig frihet.²¹⁰

Straks EMD har konstatert at proporsjonalitetsprinsippet skal benyttes ved andre former for frihetsberøvelse, viser den til *Chahal mot Storbritannia* og uttaler:

The Grand Chamber further held in *Chahal* that the principle of proportionality applied to detention under Article 5 § 1(f) only to the extent that the detention should not continue for an unreasonable length of time...²¹¹

Dette innebærer at myndighetene - med unntak av frihetsberøvelsens varighet – ikke behøver å vurdere om frihetsberøvelse av asylsøkere er et proporsjonalt virkemiddel i forhold til hva som ønskes oppnådd – i dette tilfellet en rask og effektiv saksbehandling.²¹² Årsaken til at asylsøkere ikke blir tilgodesett med en slik sentral rettsikkerhetsgaranti som proporsjonalitet, begrunnes fra EMDs side med at kontroll av utlendinger er et nødvendig supplement til statenes ukrenkelige rett til selv å bestemme hvem som skal gis adgang og opphold på sitt territorium.²¹³

7.4.4 Fire vilkår til den uvilkårlige frihetsberøvelse

På bakgrunn av EMDs egen tidligere praksis oppstiller EMD i *Saadi mot Storbritannia* fire konkrete vilkår som må være oppfylt for at frihetsberøvelsen ikke skal anses å være vilkårlig.

Detention must be carried out in good faith; it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorized entry of the person to the country; the place and conditions of detention should be

²¹⁰ Loc.cit.

²¹¹ Ibid. Avsnitt 72.

²¹² ”...fast-track processing... Ibid. Avsnitt 76.

²¹³ Ibid. Avsnitt 64.

appropriate (...) and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued.^{214 215}

7.4.4.1 "good faith"

Vilkåret innebærer at handlingene fra myndighetenes side må være utført i ærlig hensikt, uten noen form for bedrag eller vikarierende motiver. Et illustrerende eksempel hvor myndighetenes handlinger ikke ble utført i ærlig hensikt er *Conca mot Belgia*, hvor det belgiske politiet lurte en gruppe asylsøkere som hadde fått avslag på sine asylsøknader til å møte opp på det lokale politikammer under påskudd av å skulle fullføre behandlingen av deres søknader.²¹⁶ Straks de ankom stasjonen ble de fengslet i den hensikt å transporteres ut av landet. EMD stemplet denne fremgangsmåten som ulovlig. Et annet lignende eksempel er *Bozano mot Frankrike*, hvor en italiensk statsborger tiltalt og dømt for drap hadde flyktet til Frankrike. Da det ikke fantes utleveringsavtaler mellom Frankrike og Italia, ble Bozano anholdt og fraktet til Sveits, som utleverte ham til Italia da det fantes utleveringsavtaler mellom disse landene. En slik fremgangsmåte ble stemplet som vilkårlig da den hadde til hensikt å omgå utleveringsforbudet til Italia.²¹⁷

7.4.4.2 "...closely connected to the purpose..."

Videre må det være en nær sammenheng mellom forvaringen, og det som ønskes oppnådd. En slik språkbruk fører tankene til en proporsjonalitetsvurdering, men kan vanskelig sies innebære en slik realitet. EMD stiller ikke krav til en vurdering av om formålet kan oppnås på en mindre inngripende måte. I *Saadi* var det tilstrekkelig at forvaringen skjedde som et ledd i en prosess for å sikre rask saksbehandling. Om denne raske saksbehandlingen kunne vært sikret på andre måter var ikke nødvendig å vurdere.

²¹⁴ Ibid. Avsnitt 74.

²¹⁵ EMD har ved senere avgjørelser fastholdt disse vilkårene i vurderingen av om frihetsberøvelsen er vilkårlig, for eksempel *Mikolenko mot Estland*, Avsnitt 60.

²¹⁶ *Conka v Belgium* 2002 02 05

²¹⁷ *Bozano (I) v France* 1986 12 18

²¹⁸ En reell proporsjonalitetsvurdering hvor mål og middel blir vurdert mot hverandre, blir ikke foretatt.²¹⁹

7.4.4.3 "...the place and conditions of detention should be appropriate..."

EMD stiller krav til at de fysiske forholdene under forvaringen, må være egnet sett i lys av årsaken til utsendelsen. Dette skyldes i følge EMDs redegjørelse at det her ikke er snakk om mennesker som har begått straffbare handlinger, men mennesker som ofte med frykt for sine egne liv har reist fra sine hjemland.²²⁰

Et eksempel er *Mayeka og Mitunga mot Belgia*, hvor det ble konstatert brudd på bestemmelsen da enslige mindreårige asylsøkere ble plassert på lukkede mottak på lik linje med voksne asylsøkere.²²¹

Igjen kan det sies at det er antydninger til en forenklet bruk av proporsjonalitet, men kravene til egnethet er små. I *Saadi* ble det for eksempel uttalt at forholdene ved det lukkede mottaket var "relaxed" – avslappet, og i lys av dette var ikke en frihetsberøvelse på syv dager noen krenkelse.²²² Noe krav om at det minst inngripende tiltaket benyttes, oppstilles ikke.

7.4.4.4 "...the length of the detention..."

Avslutningsvis stiller EMD krav om at forvaringens varighet ikke må være urimelig lang i forhold til hvilket formål som ønskes oppnådd. På dette punktet oppstiller domstolen et reelt krav om proporsjonalitet.

Det som kan sies å være særegent ved denne proporsjonalitetsvurderingen er at den først blir aktuell etter at forvaringen er innledet. Selve frihetsberøvelsen behøver med andre ord ikke å være nødvendig eller forholdsmessig, men opprettholdelsen av denne stiller krav til proporsjonalitet.

²¹⁸ *Saadi v. The United Kingdom* 2008 01 29. Avsnitt 77.

²¹⁹ G. Cornelisse op.cit s.318.

²²⁰ *Saadi v. The United Kingdom* 2008 01 29. Avsnitt 74.

²²¹ *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium* av 12. oktober 2006.

²²² *Saadi v. The United Kingdom* 2008 01 29. Avsnitt 24.

7.4.5 EMD i endring ?

Et par dommer den siste tiden gir likevel indikasjoner om at EMD kan være i ferd med å skifte kurs. I dommene *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium* av 20.11.11 og *Popov v. France* av 19.01.12, legger domstolen tilsynelatende vekt på en proporsjonalitetsvurdering den vek unna i *Saadi* og *Chahal*.²²³

Dommen *Yoh-Ekale Mwanje mot Belgia* omhandlet en hiv-smittet kvinne som var tatt i forvaring av belgiske myndigheter i forbindelse med effektuering av et utvisningsvedtak. Kvinnen hadde kjent identitet, var tilgjengelig for myndighetene og utgjorde således ingen rømningsfare. Det var iverksatt utvisning etter bokstav f andre alternativ og i tråd med rettsetningen knesatt i *Saadi* var det ikke tidligere vurdert andre mindre inngripende alternativer enn forvaring i forbindelse med utvisningen. I *Yoh-Ekale Mwanje* ble det likevel uttalt at det skulle ha vært vurdert "less severe measures" – mindre inngripende tiltak. Det ble ikke lagt opp til noen full proporsjonalitetsvurdering, men likevel en viss glidning i retning av at andre tiltak skulle vært vurdert. I denne saken hadde ikke andre tiltak blitt vurdert, og forvaringen ble ansett å være vilkårlig.

I *Popov mot Frankrike* gjaldt saken en barnefamilie fra Kasakhstan, som var tatt i forvaring i påvente av uttransportering fra Frankrike. Det ble her ansett å foreligge en krenkelse av artikkel 5 første ledd bokstav f andre alternativ, da myndighetene ikke hadde vurdert om forvaringen av barna var en "measure of last resort which could not be replaced by any alternative". Også her oppstilles det med andre ord et krav fra EMDs side om at det skulle vært vurdert alternativer, og således om forvaringen var forholdsmessig .

Selv om begge sakene har konkrete særegenheter i form av henholdsvis alvorlig sykdom og barn, gir de et signal om at den strenge praksisen fra *Saadi* og *Chahal* sakte kan være i ferd med å endres.

²²³ *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium* (no. 10486/10), *Popov v. France*, applications nos. 39472/07 and 39474/07.

7.5 EMK – prosessuelt vern mot vilkårlig forvaring.²²⁴

EMK artikkel 5 andre og fjerde ledd inneholder prosessuelle rettigheter hvor den frihetsberøvede gis rett til informasjon om fengslingen, og rett til å prøve fengslingens lovlighet.²²⁵

Bestemmelsene lyder :

2. Enhver som blir pågrepet,²²⁶ skal straks bli underrettet på et språk han forstår, om grunnene til pågripelsen og om eventuell siktelse mot ham.²²⁷

4. Enhver som er pågrepet eller berøvet sin frihet, skal ha rett til å anlegge sak slik at lovligheten av frihetsberøvelsen raskt skal bli avgjort av en domstol , og at hans løslatelse blir beordret dersom frihetsberøvelsen er ulovlig.

7.5.1 Andre ledd – rett til informasjon²²⁸

Formålet med bestemmelsen er å gi den frihetsberøvede informasjon om årsaken til fengslingen. Bestemmelsen oppstiller krav om at underrettelsen skal skje ”straks”, på et ”språk” vedkommende forstår og ” grunnene” som ligger bak forvaringen.

At underrettelsen skal skje ”straks” innebærer som utgangspunkt at informasjonen skal gis i forbindelse med vedtaket om forvaringen, - men ikke nødvendigvis samtidig.

EMD aksepterer et visst slingringsmonn basert på sakens konkrete omstendigheter og hvilket grunnlag for frihetsberøvelsen som påberopes av myndighetene.²²⁹ Detaljerte skriftelige redegjørelser i forbindelse med forvaringen kan komme noe senere i tid.²³⁰

²²⁴ Drøftelsen vil dekke det materielle innholdet i SP artikkel 9 andre og fjerde ledd, samt UNHCRs Revised Guidelines - guideline 5, da disse innholdsmessig er identiske EMK art 5 andre og fjerde ledd.

²²⁵ Tredje ledd omhandler strafferettslige forhold og faller utenfor oppgavens tema.

²²⁶ Ordene ”pågripelse” og ”siktelse” kan tyde på at vernet kun gjelder i forbindelse med straffeprosessuelle forhold og at forvaring av asylsøkere faller utenfor. Det følger imidlertid av Van der Leer v the Netherlands 1990 02 21 at bestemmelsen gjelder ved enhver form for frihetsberøvelse. ” Avsnitt 27.

²²⁷ *Fox Campbell and Hartley (I) v the United Kingdom* 1990 08 30. Avsnitt 40.

²²⁸ SP artikkel 9 andre ledd.

²²⁹ *Fox Campbell and Hartley (I) v the United Kingdom* 1990 08 30. Avsnitt 40..

²³⁰ *Conka v Belgium* 2002 02 05

Hensynet til at den forvarter skal oppfatte budskapet som blir kommunisert innebærer at informasjonen skal skje på et språk han forstår. Dette er ikke minst viktig for asylsøkere som sjelden har kunnskap om norsk språk og rettsvesen. Videre stilles det krav til utformingen av innholdet. Innholdet skal være ” simple, non-technical language that he can understand”.²³¹ Om underrettelsen skjer på et tungt akademisk språk som vil være vanskelig å forstå for den ”jevne borger”, vil det kunne foreligge et brudd på myndighetenes informasjonsplikt.

At underrettelsen skal inneholde grunnene til forvaringen innebærer at sakens faktiske og rettslige grunnlag skal opplyses. Hensikten er at den forvarter skal kunne ta stilling til om det er grunnlag for å ta saken inn for domstolene.²³²

7.5.2 Fjerde ledd - rett til å prøve forvaringens lovlighet²³³

Retten til å anlegge sak for å imøtegå forvaringen er en kodifisering av prinsippet om habeas corpus,²³⁴ hvilket innebærer at enhver borger som har blitt berøvet sin frihet skal ha krav på en rettslig overprøvelse ved en domstol innen rimelig tid.²³⁵ Den rettslige prøvingen kan sies å være ekstra viktig i forbindelse med forvaring av asylsøkere, da disse beslutningene ofte treffes på administrativt grunnlag.

At dette er en rettighet som stilles til rådighet for den frihetsberøvede innebærer at myndighetene ikke har noen selvstendig plikt til å fremme saken til prøving. Denne retten står til rådighet uavhengig av lengden på forvaringen.²³⁶ Om asylsøkerne har blitt sendt ut av landet innen den rettslige prøvingen har funnet sted etter fjerde ledd, innebærer dette et konvensjonsbrudd.²³⁷

Med ”domstol” menes et organ ”(..)uavhengig av forvaltningen og av partene i saken, en judisiell prosedyre som bl.a. bygger på kontradiksjon, samt at organet har kompetanse til å ta standpunkt til om frihetsberøvelsen er lovlig og i motsatt fall

²³¹ *Fox Campbell and Hartley (I) v the United Kingdom* 1990 08 30. Avsnitt 40.

²³² Ibid.

²³³ Jf. SP artikkel 9 fjerde ledd.

²³⁴ *Brogan and Others (I) v the United Kingdom* 1988 11 29. Avsnitt 58.

²³⁵ *Shamsa v. Poland* judgment of 27 November 2003. Avsnitt 58-59.

²³⁶ *Al-Nashif v Bulgaria* 2002 06 20. Avsnitt 92

²³⁷ *Conka v Belgium* 2002 02 05 Avsnitt 46.

beordre løslatelse”.²³⁸ Det avgjørende er med andre ord ikke hva organet omtales som, men dens funksjon og uavhengige kompetanse.

At dette organet må ha kompetanse til å treffe avgjørelser med rettslige virkninger innebærer at et rent rådgivende organ som uttaler seg om saken,²³⁹ eller en overordnet administrativ klageinstans²⁴⁰ ikke vil ikke oppfylle vilkåret til ”domstol”.

Med ”lovligheten” i fjerde ledd skal det legges til grunn samme innhold som ”foreskrevet ved lov” i første ledd.²⁴¹ Forvaringen må etter dette som tidligere redegjort for, være forankret i nasjonal lovgivning og være i tråd med våre konvensjonsrettslige forpliktelser hvor formålet med lovkravet er å sikre at forvaringen ikke er vilkårlig.

Hvor ”raskt” overprøvingen skal skje avhenger av den enkelte saks kompleksitet, for eksempel viktigheten, kompleksiteten og klagerens egne handlinger/oppførsel.²⁴² Treg saksbehandling grunnet stor saksmengde er ikke akseptabelt da konvensjonsstatene er forpliktet til å organisere domstolsapparatet til å takle dette.²⁴³ Tiden begynner å løpe når anken er avlevert, og ender når ankesvaret er kommunisert mottaker²⁴⁴

7.6 Oppsummering EMK – forholdet til norsk rett

EMK omfatter ethvert subjekt innenfor dets myndighetsområde, noe som innebærer at både nåværende og tidligere asylsøkere som er regulert i utlendl.§ 106 første ledd omfattes av konvensjonens bestemmelser.

EMK oppstiller krav om hjemmel i nasjonal lovgivning og prosessuelle rettigheter.

Videre har EMD innfortolket vilkår om at prosessen må skje med en viss effektivitet, at det kan ta hensyn til hvem som er å klandre for at forvaringen trekker ut og at lengden

²³⁸ Gyldendal. *Norsk Lovkommentar*, EMK art 5(4) note 48.

²³⁹ *Chahal v the United Kingdom* 1996 11 15. Avsnitt 130.

²⁴⁰ *Sadaykov v. Bulgaria* 2008 05 22. Avsnitt 35.

²⁴¹ *Dougouz mot Hellas*, Avsnitt 61.

²⁴² *de Jong, Baljet and Van den Brink v. Nederland*. Avsnitt 52. *E v Norway* 1990 08 29. Avsnitt 64, og *Sanchez-Reisse v Switzerland* 1986 10 21. Avsnitt 55.

²⁴³ *Bezicheri v Italy* 1989 10 25. Avsnitt 25.

²⁴⁴ *Singh mot Tsjekkia* Avsnitts 74

på frihetsberøvelsen ikke skal være uproporsjonal. Disse vilkårene er varetatt i hjemlig lovgivning.

Det er på det rene at av de tre konvensjoner som er drøftet, er det EMK som sterkest avviker fra vårt hjemlige regelsett. Som vi har sett oppstiller ikke EMK krav om at den innledende forvaringen må være nødvendig eller proporsjonal, den skiller ikke mellom asylsøkere og andre immigranter og anser asylsøkere med avklart identitet ikke å ha ”lovlig opphold” på tilfluktslandets territorium inntil det foreligger en autorisasjon.

7.6.1 Norsk handlingsrom – EMK artikkel 53

Dette innebærer at norske myndigheter gis en vid skjønnsmargin ved utøvelsen av tvangsinngrep ovenfor nåværende og tidligere asylsøkere. Det er med andre ord et handlingsrom for norske myndigheter innenfor rammen av våre folkerettslige forpliktelser i henhold til EMK.

Et slikt handlingsrom må imidlertid ses i lys EMK artikkel 53, hvor det fremgår :

Intet i denne konvensjon skal bli tolket slik at det begrenser eller fraviker noen av de menneskerettigheter og grunnleggende friheter som måtte være sikret ved noen høy Kontraherende Parts lover eller ved noen andre avtaler den er part i.

EMK artikkel 53 uttrykker det faktum at bestemmelsene i EMK er minimumsstandarter som er ment å sikre at den høyeste standarden blir benyttet hvor en nasjon er avtalepart i flere konvensjoner eller traktater. Ved motstrid mellom innholdet i EMK og andre regelsett i nasjonal eller internasjonal lovgivning, vil individet kunne påberope seg den bestemmelse som gir sterkest vern. Dette innebærer at hvor det i nasjonal lovgivning oppstilles krav om forholdsmessighet i vurderingen av om frihetsberøvelse er et nødvendig virkemiddel, vil dette kunne påberopes av den enkelte asylsøker til tross for at EMK ikke oppstiller et slikt vilkår.

Konsekvensen av dette er at dersom Norges fortolkning av EMK artikkel 5 første ledd bokstav f medfører en innskrenkning av de rettigheter som er garantert asylsøkere i

henhold til FK og SP, vil det være i strid med EMK artikkel 53 og således innebære et konvensjonsbrudd.

8 Konklusjon

Spørsmålet som ble stilt innledningsvis i denne oppgaven var om Norge holdt seg innenfor de folkerettslige rammer FK, SP og EMK oppstilte for bruk av frihetsberøvelse av nåværende og tidligere asylsøkere, og om det forelå et uutnyttet handlingsrom for norske myndigheter.

Det folkerettslige rettskildebildet setter i utgangspunktet snevre rammer for bruken av frihetsberøvelse av asylsøkere på grunnlag av deres status som nåværende eller tidligere asylsøkere.

Krav om hjemmel i nasjonal lovgivning, proporsjonalitet og prosessuelle rettigheter gir asylsøkere et sterkt vern mot vilkårlig frihetsberøvelse, - så fremt disse prinsippene blir lojalt fulgt av konvensjonspartene.

Norge har i utgangspunktet valgt en ”mild” linje hvor vi har tillempet regelverket etter en høy menneskerettslig standard. Men også i Norge ser vi tegn på at bruken av frihetsberøvelse som et ledd i myndighetenes ønske om raskere og mer effektiv utlendingskontroll medfører endringer i lovgivningen. Senkede krav til sannsynlighet for når asylsøkere mistenkes oppgi falsk identitet eller forsøker å unndra seg iverksetting av utsendelse, samt utvidede hjemler til bruk av tvangsmidler for å få asylsøkeren til å samarbeide om identitetsavklaring er eksempler på dette.

Det overordnede bildet som trer frem etter drøftelsene av FNs konvensjon om flyktningers stilling, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon er likevel at det norske lovverket er innenfor rammen av våre folkerettslige forpliktelser.

På enkelte områder beveger vi oss på grensen av de rammer forpliktelsene oppstiller, mens vi på andre områder har ”uutnyttede” handlingsrom.

Regjeringen har i forarbeidene til de siste endringene i utlendingsloven uttalt at den ”i større grad ønsker å utnytte det handlingsrom Norge har innenfor våre internasjonale forpliktelser, men uten at det etableres mer inngripende regler enn det som er nødvendig.”²⁴⁵

Hva som er ”nødvendig” er det folkevalgte politikere som skal avgjøre ut fra et mangefasettert verdensbilde. Asylsøkeres rett til personlig frihet er der bare er ett av mange lodd i en vektskål hvor det kan være vanskelig å finne den rette balansen mellom territoriell suverenitet på den ene siden, og universelle menneskerettigheter på den andre.

9 Kilder

Litteratur:

Daniel Wilsher. *Immigration Detention* 2012.

Galina Cornelisse. *Immigration Detention and Human Rights* 2010.

James C. Hathaway. *The Rights of Refugees under International Law* 2005.

Vigdis Vevstad (Red.). *Utlendingsloven kommentarutgave* 2010.

Ruud / Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 3.utg 2006.

Njål Høstmælingen. *Internasjonale Menneskerettigheter* 2003.

²⁴⁵ Prop. 138 L (2010-2011) Endringer i utlendingsloven s.5.

Eckhoff. *Rettskildelære*. 5 utgave ved Jan.E.Helgesen 2001.

UNHCR *Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling* 2003.

Artikler:

Frode Elgesem 2003. *Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode*.

Rognlien 2005. *Prinsipper for tolking av EMK*.

Merete Havre Meidell. *Undervisningskompendium til bruk i faget Utlendingsrett*, 2012.

Electronic Journal of Sociology (2004)ISSN: 1198 3655, *Guerrero* (2000:6).

Guy S. Goodwin-Gill : *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection* 2001.

Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the refugee convention 1951 articles 2-11, 13-37*. Published by the Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees 1997.

Global Detention Project <http://www.globaldetentionproject.org/>

Dokumenter:

Innst. S. nr. 61. Dokument nr. 8:4 (2004-2005).

Innst. S. nr. 143 (2008-2009) Dokument nr. 8:12 (2008–2009).

Ot.prp. nr. 73 (2005–2006).

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Prop. 3 L (2010-2011) Endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet).

Prop. 138 L (2010-2011) Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.).

Executive Committee Conclusion No. 44 (XXXVII) - 1986, Detention of Refugees and Asylum-Seekers.

UNHCR Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, February 1999.

UNHCR "Note on International Protection" UN Doc. A/AC. 96/815(1993).

UNHCR, Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2011.

HRC General Comment No. 27.

HRC General Comment No. 31.

Report of the UN Working Group on Arbitrary Detention, 13th session.

A/HRC/13/30, 15. Jan. 2010.

General Provision 6 of Recommendation (Rec 2003)5.

Europarådets resolusjon 1509. Doc. 10924, '*Human rights of irregular migrants*', 2006.

Lover/konvensjoner/traktater:

L15.5.2008 nr. 35 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

L21.5.1999 nr. 30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

L22.5.1981 nr. 25 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/115/EF av 16. desember 2008.

FNs Menneskerettighetserklæring.

FNs konvensjon for sivile og politiske rettigheter.

FNs konvensjon om flyktningers stilling.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon.

Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).

Statute of the International Court of Justice.

EUs charter for fundamentale rettigheter.

Den Amerikanske konvensjon for menneskerettigheter.

Det Afrikanske charter for menneske – og folkerettigheter.

Kairoerklæringen om menneskerettigheter innen islam.

Det Arabiske charter om menneskerettighetene.

Rettspraksis :

Norge :

Rt.1993 s.196.

Rt. 1999 s.1460

Rt.2000 s.996.

Rt. 2001 s.1006.

Rt. 2002 s. 557

Rt.2008 s.1764

EMD:

Saadi v. The United Kingdom 2008 01 29.

Golder v. The United Kingdom.

Goodwin v. The United Kingdom 2002 07 11.

Tyrer v. The United Kingdom 1978 04 25.

Al-Adsani v The United Kingdom 2001 11 21.

X v. The United Kingdom 1981 05 11.

Caprino v. The United Kingdom. 1978 03 03.

Fox Campbell and Hartley (I) v. The United Kingdom 1990 08 30.

Brogan and Others (I) v. The United Kingdom 1988 11 29.

Chahal v. the United Kingdom 1996 11 15..

Conka v.Belgium 2002 02 05.

Kolompar v.Belgium 1992 09 24.

Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium 2006 10 12.

Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium 2011 12 20.

Al-Nashif v. Bulgaria 2002 06 20.

Sadaykov v. Bulgaria 2008 05 22.

Raza v.Bulgaria 2010 02 11.

Bozano (I) v. France 1986 12 18.

Popov v. France 2012 01 19.

Amuur v. France 1996 06 25.
Quinn v. France 1995 03 22.
Engel and Others v. The Netherlands 1976 06 08.
Wassink v. The Netherlands 1990 09 27.
Van der Leer v. The Netherlands 1990 02 21.
Shamsa v. Poland 2003 11 27.
Witold Litwa v. Poland 2000 04 04.
Lynas v. Switzerland 1976 06 10.
Sanchez-Reisse v. Switzerland 1986 10 21.
Waite and Kennedy v. Germany 1999 02 18.
Abdolkhani and Karimnia v. Turkey 2010 07 27.
Nasrulloev v. Russia 2007 10 11.
Lawless v. Ireland 1961 07 01.
Mikolenko v. Estonia. 2009 10 08.
Hilda Hafsteinsdottir v. Iceland 2004 06 08.
E v. Norway 1990 08 29.
Bezicheri v. Italy 1989 10 25.
Singh v. Czech Republic 2005 01 25.
Thlimmenos v. Greece 2000 04 06.

HRC:

Celepli v. Sweden Communication No. 456/1991.
Dias v. Angola Communication No. 711/1996.
V.R.M.B v Canada Communication No 603/1994.
Van Alpen v. Netherlands Communication No 305/1988.
A. v Australia Communication No. 560/1993.
C v. Australia Communication No. 900/1999.
Bakhtiyari v. Australia Communication No 1069/2002.
Shams & Ors v Australia Communication No. 1255,1256,1259,
1260,1266,1268,1270&1288/2004.

